

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU PARTAGE D'ASCENDANTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SECTION JURIDIQUE

PAR

Constantin M. SIPSOM

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

LE JEUDI 22 DÉCEMBRE 1898 À 2 H. 1/2

Président : M. LYON-CAEN, professeur

*Suffragants : { MM. LÉON MICHEL, professeur
 SOUCHON, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AÎNÉ

A. CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1898

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.**

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU PARTAGE D'ASCENDANTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SECTION JURIDIQUE

PAR

Constantin M. SIPSOM

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

LE JEUDI 22 DÉCEMBRE 1898 À 2 H. 1/2

Président : M. LYON-CAEN, professeur

*Suffragants : { MM. LÉON MICHEL, professeur
 SOUCHON, agrégé.*



PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

A. CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1898



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A M^e CARRABY

EN TÉMOIGNAGE D'ADMIRATION, DE RECONNAISSANCE

ET DE RESPECTUEUSE AFFECTION

DU PARTAGE D'ASCENDANTS

PREMIÈRE PARTIE

NOTIONS HISTORIQUES

Pour plus de clarté, nous avons divisé notre sujet en deux parties, la première comprendra quelques notions préliminaires sur les partages d'ascendants, ainsi que les règles qui les régissaient en droit romain, et dans notre ancien droit. La seconde sera consacrée à l'étude de la législation actuelle.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

1. Le partage d'ascendants est une institution par laquelle un père, une mère, ou un autre ascendant opère entre ses enfants ou descendants la répartition de ses biens.

Le législateur se montre plein de confiance dans l'affection éclairée des ascendants, en leur reconnaissant le pouvoir de faire entre leurs descendants la distribution et le partage de leurs biens, soit par acte de donation entre vifs, soit par testament.

La magistrature domestique d'où procède le partage d'ascendants est aussi ancienne que la constitution de la famille et du droit de propriété. On trouve des traces du partage d'ascendants dans la Bible. (Deutéronome, chap. xxi, vers. 16 ; Ecclésiaste, chap. xxxiii, vers. 24.)

2. C'est qu'il est du caractère et de la nature de l'homme de s'intéresser à ce que deviendra son patrimoine après sa mort, de savoir la manière dont la distribution en sera faite entre ses enfants, de la régler lui-même suivant les goûts, les besoins, les aptitudes et l'avantage de chacun. Le but de cette institution est d'une utilité incontestable, ses avantages sont nombreux.

3. Du point de vue d'abord du disposant :

En distribuant équitablement de son vivant ses biens entre ses descendants, il assure la tranquillité de sa vieillesse, car cela lui permet de se décharger du fardeau de l'administration pour la remettre entre des mains jeunes et d'autant plus actives qu'elles servent leur propre patrimoine.

Il voit sa succession réglée avant sa mort, la manière dont ses biens seront répartis entre ses descendants, et il peut ainsi en assurant la concorde et l'entente entre ses héritiers après sa mort, jouir des fruits de son labeur.

4. Pour les descendants, le partage d'ascendants est très précieux, car il prévient les discordes que les partages de succession font naître entre les cohéritiers et il évite les procès ruineux qui en sont très souvent la suite. Car en admettant la meilleure bonne volonté et la meilleure bonne foi, encore se peut-il que ses descendants se trompent sur la valeur des biens, s'imaginant avoir été mal partagés par le partage de succession ; au contraire, confiants dans l'affection égale de leur ascendant, ils se trouveront heureux et satisfaits du partage fait par lui, qui mieux que personne connaît la valeur de ses propres biens, qui sait leurs avantages et leurs inconvénients, et qui est ainsi en mesure de faire le partage le plus foncièrement équitable, en y mettant encore ce soin, cet intérêt, cette prévoyance que seule l'affection paternelle peut inspirer, connaissant aussi mieux qu'eux-mêmes les goûts, les besoins, et les aptitudes de ses enfants.

5. A tous ces points de vue, on ne saurait nier combien est préférable le partage d'attribution fait par l'ascendant au partage ordinaire dans lequel il faut dans la plupart des cas s'en remettre au sort pour la dévolution des lots.

A part cela, alors même que les descendants seraient d'accord, le partage d'ascendants a l'avantage de les soustraire aux frais et longueurs d'un partage judiciaire qu'ils seraient obligés de subir, s'il y avait parmi eux des mineurs ou d'autres incapables.

Le partage d'ascendants remplit en outre un rôle

important dans l'économie sociale et exerce une grande influence sur la prospérité agricole ; il évite le morcellement de la petite propriété qui est désastreux pour l'agriculture, et il favorise en même temps la division de la grande propriété dont l'agglomération excessive nuit toujours à la bonne exploitation des terres, et tend nécessairement à diminuer leur produit.

6. Tels sont les principaux avantages que font valoir les partisans du partage d'ascendants.

On a cependant cherché à l'attaquer.

Mais il nous semble qu'on est allé trop loin en regrettant son établissement sous prétexte qu'il prête à la fraude, car si on voulait empêcher tous les moyens d'arrangements susceptibles de se prêter à la fraude, le grand principe de la liberté des conventions lui-même serait anéanti.

7. On reproche au partage d'ascendants d'être un moyen détourné de dissimuler les avantages excessifs et illicites faits à l'un des enfants. On prétend que le père qui veut avantager un de ses enfants au détriment des autres le peut, en lui attribuant à la fois le lot le plus fort et par préciput la quotité disponible. Cette critique ne nous semble pas entièrement fondée ; s'il est vrai que, dans le partage d'ascendants, un enfant peut se trouver avantager un peu, comme il pourrait du reste l'être dans tout partage, il n'est pas moins vrai que, dans le cas qu'on cite, la fraude est facile à réprimer et il suffit d'une simple estimation pour la constater. Aussi l'ascendant qui veut éluder la loi d'une manière

efficace emploie-t-il d'autres moyens comme le don manuel et les actes simulés dans lesquels la preuve de la fraude est beaucoup plus difficile à faire. Tout ce que l'on pourrait dire, c'est qu'à l'occasion des partages d'ascendants, certains ascendants peuvent méconnaître par des combinaisons habilement calculés, l'égalité du partage ; mais encore la fraude était-elle accomplie avant que le partage intervint ; ce n'est donc pas à cette institution qu'on peut imputer de favoriser la fraude.

8. Il existe, dit-on, un autre inconvénient inhérent au partage d'ascendants entre vifs, à raison de son irrévocabilité ; c'est d'exposer les ascendants, qui se sont imprudemment dépouillés de leurs biens, à l'ingratitude de leurs enfants.

Ils se trouvent en quelque sorte déchus dans leur autorité, dépourvue par là de toute sanction.

Les anciens jurisconsultes ont souvent signalé ce danger et il y a nombre de citations à l'appui de leurs critiques.

Loysel, dans ses Instituts coutumières dit : « Qui le sien donne avant de mourir, bientôt s'apprête à moult souffrir. » *Melius est*, disait l'Ecclesiaste, *ut filii tui te rogent quam terespiciere in manibus filiorum tuorum*. Chap. xxxiii vers. 22.

9. On peut répondre que les abus qu'on fait d'une institution ne prouvent pas qu'en elle-même cette institution soit mauvaise, que c'est plutôt la faute des personnes qui en l'appliquant, se sont écartées des sentiments de prudence ou de justice qui seuls devaient les

diriger; que s'il y a des enfants ingrats ils ne forment heureusement pas la majorité.

Le père de famille peut étudier et connaître avant de se dépouiller le caractère de ses enfants, et s'ils méritent ou non sa confiance. Il peut aussi prendre les mesures nécessaires pour ne pas rester entièrement à leur discrétion.

Les critiques acerbes qu'on a faites du partage d'ascendants paraissent donc exagérées.

Voyons maintenant le partage d'ascendants au point de vue juridique.

La nature juridique du partage d'ascendants paraît complexe : c'est, d'une part, la distribution et le partage de ses biens fait par l'ascendant; c'est, d'autre part, une donation entre vifs ou un legs de par les formalités requises pour son exécution.

10. Ceci paraît au premier abord contradictoire.

Qui dit partage dit acte de distribution de liquidation.

Or peut-on opérer une liquidation par un acte de disposition à titre gratuit, donation ou testament?

Il semble qu'il y ait contradiction entre le but et les moyens (1).

Partager, c'est distribuer entre plusieurs personnes certaines choses sur lesquelles elles ont un droit indivis.

Est-il possible, afin de réaliser cette distribution, de recourir à des moyens de dispositions qui, par le fait même, supposent que ceux en faveur desquels on se

1. Baudry-Lacantinerie (v. II, p. 494).

dépouille de ses biens n'en sont pas déjà propriétaires?

Cette institution est donc d'une nature mixte, il en résulte qu'elle sera soumise d'une part aux règles des donations et des testaments, et d'autre part à celles du partage. Mais la difficulté réside dans la question de savoir quand on appliquera les premières et quand les secondes.

11. M. Demolombe (v. 22, p. 620) croit que ce problème ne saurait être tranché d'une manière absolue, ce qui nous amènera, dit-il, à faire de chaque côté, certaines concessions pour arriver, s'il est possible, à faire la conciliation délicate et périlleuse entre la succession légitime et la disposition entre vifs, ou par testament, alliance d'où procède la théorie complexe du partage d'ascendants.

D'après Marcadé, sur l'article 1075, le partage d'ascendants serait un partage de succession revêtant la forme d'une donation ou d'un legs. Ce serait la consécration du droit de succession, et il ne s'agirait pas de créer un droit aux biens, mais tout simplement de régler les droits successifs conférés par la loi.

Suivant M. Colmet de Santerre (v. 6, p. 440), l'article 1076 quand il dit que, en cette matière, les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et les testaments recevront leur application, n'entend parler que des questions de forme. Pour les questions de fond et d'exécution, ce sont les règles du partage qui doivent être appliquées dans les rapports des descendants entre eux, et dans les rapports

entre les ascendants et les descendants, les règles des donations entre vifs ou testamentaires.

L'éminent professeur enseigne que le partage d'ascendants se décompose en deux parties suivant le point de vue où l'on se place. Autrement, il faudrait désespérer de donner un caractère juridique au partage d'ascendants. Car ce n'est ni purement un partage, ni un simple acte de disposition, il tient en même temps des deux.

12. Ce n'est pas purement un partage, car on ne partage que les choses sur lesquelles on a un droit indivis, et d'où découlerait ce droit, surtout dans les partages faits par acte entre vifs dans lesquels le droit à la succession n'est pas encore ouvert.

Mais ce n'est pas non plus un pur acte de disposition, et la preuve, c'est qu'il s'applique même à la portion des biens non disponibles.

Il y a des différences entre le partage d'ascendants d'une part, et les donations et les testaments d'autre part.

Toute donation faite à des héritiers appelés, est rapportable à la masse quand elle n'a pas été faite avec dispense de rapport.

Dans le partage d'ascendants entre vifs, l'enfant n'est pas astreint à rapporter l'objet donné à la masse. De même dans le partage testamentaire, les enfants ne sont pas de véritables légataires, car ils n'ont pas le droit de renoncer au legs pour s'en tenir à leur part *ab intestat* : cela permettrait à chaque enfant d'anéantir le partage fait par son ascendant et d'en provoquer un autre.

M. Laurent (v. 15, p. 8) critique aussi la contradiction de principe qui se trouve dans le partage d'ascendants, car, dit-il, un seul et même acte est tout ensemble un partage, c'est-à-dire un acte distributif, déclaratif de propriété et une donation entre vifs ou testamentaire, c'est-à-dire un acte qui transfère la propriété. Il est d'avis que de ces deux éléments contradictoires l'un n'est pas absorbé par l'autre. L'élément de libéralité dominerait dans le partage fait par donation, tandis que, dans les partages testamentaires, la distribution serait l'élément dominant. En effet, le père qui partage ses biens par testament ne fait pas acte de donateur, car, au moment où son testament-partage produit ses effets, les enfants sont propriétaires des biens qu'il laisse, en vertu de la loi. Au contraire dans le partage entre vifs, il y a les éléments d'une véritable libéralité, pour la jouissance au moins. Il donne ce qu'il pouvait garder, et ce dont il pouvait disposer. Encore ne faudrait-il pas, ajoute M. Laurent, assimiler le partage entre vifs à une véritable donation, puisque, entre les descendants, il tient lieu du partage qu'ils auraient dû faire à la mort du donateur.

M. Baudry-Lacantinerie (v. 2, p. 495) concilie autrement la nature contradictoire du partage d'ascendants.

Il le décompose de la manière suivante : l'indivision, dit-il, naît de la donation même faite par l'ascendant. Il y a donc d'abord de la part de l'ascendant une donation collective de tous ses biens à ses héritiers présumptifs, ce qui les met dans l'indivision. Il y a ensuite

partage par l'ascendant lui-même des biens qu'il a ainsi rendu indivis.

13. Il nous semble que le reproche même de contradiction dans le caractère juridique de partage d'ascendants n'est pas fondé. En effet, le partage est réellement un acte de liquidation quand les biens, qui ne sont pas attribués par une disposition entre vifs ou testamentaires, doivent d'indivis qu'ils sont, à la mort du propriétaire, être répartis entre ses héritiers. Mais quand ces biens dont le propriétaire dispose sont, par cet acte même, divisés entre les héritiers, il ne peut plus être question de liquidation; en d'autres termes, ce n'est pas un acte de liquidation que celui où le propriétaire, disposant de ses biens, assigne à chacun de ceux en faveur desquels il entend se dépouiller, tel bien déterminé sur lequel il le constitue propriétaire : c'est une donation entre vifs ou testamentaire d'objets déterminés composant son patrimoine, faite à des personnes déterminées qui sont ses enfants ou descendants. Car pour qu'il y ait partage, il faudrait qu'il y ait eu préalablement indivision, et rien ne peut produire l'indivision entre personnes qui ont été dès le commencement chacune donataire ou légataire de biens spécialement déterminés.

Il est vrai que qui dit partage dit acte de liquidation, d'attribution. Mais le partage d'ascendants, quoique qualifié du nom de partage, n'en est pas un, car il ne peut plus y avoir indivision, alors que les biens ont été donnés ou légués, divisés par l'acte même de dispo-

sition. Ce qui produit l'indivision, qui donne forcément lieu à un partage, c'est la donation ou le legs collectif de ses biens à plusieurs personnes; alors il s'agit de savoir quelles sont les parts de chacune. Mais quand ce sont tels biens déterminés dont on dispose spécialement et à part en faveur de chaque personne, où réside la source possible d'une indivision?

CHAPITRE II

DE L'ORIGINE HISTORIQUE DES PARTAGES D'ASCENDANTS

§ I. — Droit romain.

14. Tant que, de par la législation primitive romaine, le père de famille pouvait disposer de son patrimoine sans aucune restriction, sans aucune forme, suivant son bon vouloir, et que tout ce qu'il décrétait à ce sujet était considéré comme une loi, la question de réglementer un droit qui n'avait aucune limite ne pouvant se poser, il ne pouvait pas y avoir lieu non plus à une institution spéciale du partage d'ascendants. Mais lorsque, par la suite, l'enfant eut acquis sur une partie du patrimoine de son père un droit légal à l'abri des dispositions de celui-ci, il importait de savoir si le père de famille pouvait, malgré cela, opérer entre ses enfants la répartition de tous ses biens. C'est par l'usage que se forme l'institution du partage d'ascendants. En voici l'évolution.

Quand le *pater familias* mourait sans avoir fait de testament, ses héritiers pouvaient faire entre eux un partage amiable, ou, s'ils ne s'entendaient pas, exercer l'action *familiæ herciscundæ* pour faire partager la succession.

15. On arriva ensuite à considérer les enfants comme étant co-propriétaires du patrimoine de leur père, et ceci amena à conclure qu'ils avaient, en quelque sorte, un droit sur le patrimoine. Mais ce droit, si vague, si incertain, mit un certain temps à s'affirmer et à déterminer son étendue.

D'abord, pour que le testament fût valable, il fallait que le père de famille se donnât la peine d'instituer ou d'exhérer ses héritiers siens. Cette garantie, de forme bien illusoire, pouvait même être évitée par l'émancipation de celui qu'on voulait omettre, jusqu'à l'époque où l'émancipé reçût du prêteur la *bonorum possessio*.

16. C'est à peine, quand la *querella inofficiosi testamenti* fut introduite, que la liberté de tester fut un peu restreinte, et encore le testateur pouvait s'y soustraire en instituant l'enfant pour une part minime, dérisoire même.

Le droit effectif de l'enfant fut consacré par la quarte légitime qui, à l'instar de la quarte *falcidie* en matière de legs, exigeait que l'enfant fût avantagé pour une quotité égale au quart de la part qu'il aurait eue dans la succession *ab intestat*.

17. Dans cet état de choses, le père de famille pouvait-il quand même disposer, en faveur de ses enfants, de la totalité de ses biens? Durant sa vie, il peut évidemment partager ses biens entre ses enfants. Il leur donne un pécule qu'ils sont chargés d'administrer pour le compte de leur père. Si, cependant, ce pécule, cette libéralité est confirmée par testament, les enfants peu-

vent prélever ces biens sur la succession paternelle, ou même, depuis Septime Sévère, si le père est mort sans avoir manifesté l'intention de révoquer. Il pouvait même disposer entre vifs, d'une manière actuelle et définitive, en émancipant ses enfants avant de leur faire la donation, ce qui, les rendant *sui juris*, leur permettait d'acquérir pour eux-mêmes. Il pouvait aussi, les émancipant après la donation, ne pas leur retirer le pécule. Si cependant il voulait se réserver la faculté de révoquer sa libéralité, il faisait une donation *mortis causa*; seulement, sa disposition pouvait être attaquée par la *querella inofficiosæ donationis*. S'il leur fait des donations entre vifs, il faut, pour que les effets du partage aient lieu, qu'il intervienne des stipulations expresses comme conditions de la donation. Enfin, si le père voulait partager ses biens entre ses enfants par testament, il les instituait, puis il léguait à chacun d'eux *per præceptionem*, les biens qu'il voulait mettre dans son lot.

Cette distribution devait être sanctionnée par le juge qui, au moyen de son *adjudicatio*, transférait à chaque héritier la propriété des biens que le testateur lui avait assignés. Cette opération, ainsi effectuée par le *pater familias*, n'était pas, à proprement parler, un partage, mais une disposition ordinaire de dernière volonté. On put enfin, après Auguste, faire un partage par fideicommis, même en cas de mort intestat (1).

18. Jusqu'ici, nous sommes dans le droit commun, et nous ne voyons en rien l'origine des partages d'ascen-

1. Inst. § 1 et 2 de Fideicom. hered. Dig. L., 29, § 1.

dants comme institution spéciale. Mais l'usage établit un mode de partage beaucoup plus simple, qui n'était pas consacré par la loi. Le père de famille, à l'époque de Papinien, pouvait répartir sa succession entre ses enfants sans faire de testament, en consignant sa volonté dans un acte de n'importe quelle forme ou même verbalement.

Quoique ces dispositions pour, après sa mort, entre les enfants appelés à lui succéder, n'eussent aucune force légale, on crut qu'il était bon que la volonté du *pater familias* fût respectée par ses enfants, de sorte que, quand le juge appelé à faire un partage se trouvait en présence d'une telle manifestation de volonté, il s'y conformait ordinairement et, par ses *adjudicationes*, transférait à chaque héritier la propriété des biens que lui avait assignés l'ascendant. C'est donc en vertu de la sentence d'adjudication, et nullement en vertu de la manifestation de volonté de l'ascendant, dépourvue de toute force, que la propriété des lots était transférée aux enfants. Ce mode de partage, réservé au commencement en faveur seulement du père de famille, fut étendu par une constitution de l'empereur Constantin, à la mère, et, dans le code théodosien, à tout autre ascendant (1).

19. C'est ce que les commentateurs appellent la *divisio inter liberos*, qui n'était pas une donation entre vifs, mais seulement un partage de succession ne produisant ses effets qu'à la mort du père de famille en vertu des *adjudicationes* prononcées par le juge; et

1. Loi II, C. Th. fam. etc. L. XXI, § 1 et § 3. C. de Test.

encore cette disposition était-elle nulle si elle contenait des avantages en faveur de toute autre personne que les enfants et descendants.

Il n'existait donc pas encore de droits conférés par la loi aux ascendants, de faire, entre leurs descendants, le partage de leurs biens.

Ce droit ne fut reconnu que par l'institution appelée le *Testamentum inter liberos*. Cette nouvelle institution date-t-elle de Constantin ou bien de Justinien seulement? Il y a sur ce point une certaine confusion qu'il est utile d'éclaircir.

20. Constantin, en présence des dispositions antérieures, en édicta une nouvelle; mais cette disposition ne constitue pas le *Testamentum inter liberos*. Comme, d'après le droit commun, un testament qui n'était pas fait avec toutes les formalités exigées par la loi était considéré comme non avenu; que le testament imparfait ne pouvait même pas valoir comme fidei-commis *ab intestat*, à moins qu'il n'y eût ce que les commentateurs appellent la clause codicillaire; comme, d'autre part, cependant, le partage du père de famille fait par n'importe quel acte, quelque informe qu'il fût, pourvu que ce ne fût pas un testament, était valable, Constantin trouva peu logique la distinction faite entre ces deux catégories d'actes, et décida que la disposition faite par un père de famille en faveur de ses enfants, même dans un testament imparfait, serait désormais valable. Il étendit cette disposition à toute libéralité faite en faveur des enfants dans un legs ou une institution.

21. Constantin ne fit donc qu'appliquer au testament non valable en la forme ce qui, avant lui, avait été décrété pour tout acte qui n'était pas un testament. C'est dans le privilège que nous venons de voir, établi en faveur des pères et ascendants, que réside l'origine du partage d'ascendants.

22. Enfin Justinien établit définitivement par les Nouvelles 18 et 107 les règles de partages d'ascendants en instituant le *testament inter liberos*.

La licence qu'avaient donnée l'usage et les constitutions impériales d'attribuer un certain effet à la manifestation de volonté quelle qu'elle fût, faite par l'ascendant en faveur de ses descendants donna lieu à des abus, car il y avait souvent une obscurité telle qu'il fallait plutôt deviner le sens qu'interpréter des dispositions visées en des termes inintelligibles.

Ce qui faisait que cette institution, destinée surtout à éviter les divisions dans les familles devenait une source de discussions et de procès.

23. A l'encontre de ces abus, Justinien, par la Novelle 18 d'abord, décida que dorénavant tout ascendant qui voudrait faire le partage de ses biens entre ses descendants devait le faire dans la forme du testament régulier d'après le droit commun ; mais que si, malgré cette invitation l'ascendant ne pouvait faire un testament dans les formes légales, pour que sa disposition eût une valeur, il fallait que sa volonté fût consignée dans un acte, rédigé par lui ou par toute autre personne, qui contienne la désignation exacte de tous les objets partagés, et que

cet écrit fût signé par lui et par tous ceux en faveur desquels avait lieu le partage de l'hérédité.

Par la Novelle 107, il dispense l'ascendant qui veut disposer en faveur de ses enfants des formalités ordinaires des testaments en l'astreignant seulement à en suivre quelques-unes. Ce testament privilégié s'appelle le *testamentum inter liberos*.

24. Il exige que le testateur écrive de sa main la date le nom des enfants, et la quotité pour laquelle ils sont institués. Cet acte n'est pas un partage et l'enfant recueille la succession en qualité d'héritier testamentaire.

Mais si l'ascendant veut faire dans ce testament un partage il le peut en énonçant de sa main les parts attribuées à chacun de ses enfants. L'usage confirmé légalement, fit que le juge fut obligé de se conformer au partage fait par un simple acte. Les lots assignés par l'ascendant étaient adjugés aux descendants par le juge. Mais, quoique ce dernier dût se conformer au partage fait par l'ascendant, la transmission de la propriété ne s'effectuait toujours pas par l'acte fait par l'ascendant, acte dépourvu de toute forme. C'est la loi seule qui déférait la succession comme auparavant, et les enfants devenaient propriétaires de leur lot par l'adjudication prononcée par le juge. Par conséquent, même dans le dernier état du droit romain, il n'y avait pas d'acte qui, étant un partage, ait en même temps les effets d'une donation ou d'un testament.

25. Les caractères essentiels de cette institution sont :

L'acte fait par l'ascendant n'étant qu'un simple projet de partage auquel le juge devait conformer sa sentence, il résulte que c'est à la mort seulement de l'ascendant qu'il produisait son effet. L'exécution faite du vivant de l'ascendant ne pouvait être considérée que comme une mise en possession provisoire; légalement, c'était l'ascendant qui continuait à être propriétaire jusqu'à son décès. De sorte que, fait pour le moment de la mort, comme fait par acte entre vifs et accepté par les enfants le partage était toujours considéré comme un acte de dernière volonté. Ce n'était pas une donation mais plutôt, comme dit Papinien, un partage de dernière volonté. (Loi XX, § 2, fam. her.) Nous allons voir plus loin les conséquences de ce principe.

26. Le partage d'ascendants était, en droit romain, soumis aux règles de fonds suivantes : Le partage ne devait pas forcément être, à peine de nullité, fait entre tous les enfants ou descendants appelés à la succession. Par contre toute personne autre que le descendant pouvait être appelée à un partage d'ascendants, à la condition qu'elle fût instituée dans un testament. Car s'il est vrai que l'ascendant ne pouvait partager ses biens qu'entre ses successibles, il n'en est pas moins vrai qu'il pouvait rendre successibles d'autres personnes que ses descendants en les instituant héritiers. Il n'était pas nécessaire que l'ascendant distribuât la totalité de son patrimoine entre ses descendants. Un partage comprenant une partie des biens seulement était valable comme tel, et le surplus des biens non partagés se répartissait

entre les descendants proportionnellement à la part qu'ils avaient à recueillir dans la succession. (Novelle 18, ch. vii.)

27. En substance dans le droit romain, nous trouvons le partage d'ascendants testamentaires et le partage entre vifs.

Il n'y a cependant entre ces deux modes qu'une différence plutôt de forme, car de quelque façon qu'il soit fait, le partage d'ascendants constitue une disposition de dernière volonté exécutable après la mort du disposant révocable comme toute disposition à cause de mort, et qui étant en somme un partage de succession, ne doit produire ses effets qu'à l'ouverture de la succession de l'ascendant.

§ II. — Droit français ancien.

I. DROIT ÉCRIT. — Les provinces de droit écrit adoptèrent le partage d'ascendants avec les règles qui le régissaient dans les Novelles.

Des difficultés et des controverses avaient cependant pris naissance relativement aux Novelles 18 et 107.

Les uns soutenaient que la Novelle 107 s'appliquait à la Novelle 18 en la modifiant, et que, par conséquent, les formalités prescrites par cette Novelle, pour le testament *inter liberos* devaient être suivies dans n'importe quel partage fait par un simple acte. La confusion était telle entre les dispositions de ces deux Novelles que

Cujas soutenait que la présence de sept témoins était nécessaire même dans le *testamentum inter liberos*. D'autres soutenaient que dans le partage fait par simple acte les formalités requises pour le testament *inter liberos* n'étaient pas nécessaires.

29. Pour mettre fin à cette controverse, par une ordonnance donnée en 1735, sur les donations et testaments, on décida que dorénavant la même forme serait observée pour les deux modes de partage qui seront ainsi assimilés, que les formes prescrites par les articles 15 et 16 de l'ordonnance relatifs aux testaments faits en faveur des enfants et descendants s'appliqueraient à tous partages (art. 17). Par conséquent désormais un ascendant pouvait faire entre ses descendants un partage en disposant selon la forme prescrite pour les testaments faits en faveur des descendants, c'est-à-dire soit par acte public en présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins, soit par un acte sous seing privé, écrit entièrement, signé et daté de la main du testateur.

30. Quoiqu'en établissant une nouvelle forme de disposer inconnue jusqu'à ce jour dans les pays de droit écrit, le testament olographe, l'ordonnance n'avait pas pour but d'introduire le partage d'ascendants dans les endroits où il n'était pas en usage. Elle laissait son application à la volonté de l'ascendant, ce qui ne le dispensait pas d'observer les formes particulières prescrites par les coutumes.

Cependant, comme cette forme constituait un privi-

lège en faveur du partage fait par l'ascendant, l'article 48 de l'ordonnance déclara conformément au droit romain que le partage ne pourrait renfermer, sous peine d'être considéré comme de nul effet, que des dispositions au profit des descendants. Il y avait donc, quant à la forme après l'ordonnance de 1735, une assimilation complète entre le partage d'ascendants et le testament fait en faveur des descendants.

31. Quant au fonds le partage ressemble au partage romain avec cette différence que les testaments dans lesquels il y avait un partage fait par le père et la mère entre leurs enfants, échappait à la prohibition des testaments conjonctifs, et que, à partir de l'ordonnance de 1735, le partage indépendamment de la sanction du juge, avait un existence légale quand il était fait selon les formes prescrites, et que la propriété des biens distribués, passait en vertu de l'acte même aux co partagés.

II. DROIT COUTUMIER. — Dans le droit coutumier, nous examinerons successivement : 1° le partage d'ascendants ; 2° la démission de biens.

32. *Partage d'ascendants.* — En droit coutumier, le partage d'ascendants n'était pas uniformément envisagé dans toutes les coutumes. Il y en avait qui étaient absolument muettes sur ce point, telle que la coutume de Paris et plusieurs autres. Celles où il était autorisé, étaient loin de suivre les mêmes règles. Ainsi les coutumes d'Amiens, d'Artois et du Nivernais les permettaient à tous les ascendants et même aux collatéraux.

Celles du Bourbonnais, Bretagne et Poitou, à l'inverse, les restreignaient aux pères et mères seulement. Mais la doctrine et la jurisprudence avaient entendu les mots père et mère dans le sens générique d'ascendants. En ce qui concerne la forme dans laquelle étaient faits les partages d'ascendants, quelques-unes seulement des coutumes l'avait déterminée : telles que les coutumes de Bourgogne et du Bourbonnais qui exigeaient que le partage fut fait soit en justice, soit par un acte public passé devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins, soit enfin par un acte privé écrit, daté et signé par l'ascendant.

33. Ces formes étaient généralement suivies, même dans les coutumes qui ne les prescrivaient pas formellement. Les coutumes de Bourgogne et du Bourbonnais exigeaient, en outre, que l'ascendant survécût à l'acte pendant vingt jours (dans celle de Bourgogne), pendant quarante (dans celle du Bourbonnais). La raison de cette exigence est, selon Dumoulin, *non solum metu suggestionum sed ne dividens nimium vicinus morti facile erret in æquali distributione*. Mais cette disposition qui donnait lieu à beaucoup de procès et de fraudes, ne s'était pas accréditée dans les autres coutumes. Dans le cas où le partage était fait par acte olographe pour lui donner date certaine, l'ascendant devait le présenter à un notaire assisté de deux témoins, qui en dressait acte. Il fallait, dans la coutume de Bretagne, pour faire un partage, l'avis de quatre parents, deux du côté paternel et deux du côté maternel, et ceci seulement pour les

nobles. Mais l'usage l'accorda aussi aux familles roturières.

34. Comme règle de fond, le partage de l'ascendant était toujours un simple acte de distribution par lequel l'ascendant indiquait les objets dont le lot de chacun des héritiers se composerait. C'est donc en qualité d'héritiers *ab intestat* qu'ils venaient à la succession. « Chacun enfant, dit Coquille (coutume du Nivernais), prendra en qualité d'héritier, et s'il ne prend qualité d'héritier, il n'aura rien. »

Des descendants avaient même, dans certaines coutumes, la saisine légale de la portion que l'ascendant leur avait attribuée. Lebrun dit que s'ils sont saisis même quand l'acte par lequel les biens sont laissés à la forme testamentaire, c'est que les coutumes les considèrent même dans ce cas comme héritiers *ab intestat* des parts et portions que leur père leur a léguées. Comme conséquence, chaque enfant devait contribuer aux dettes proportionnellement à sa part héréditaire, et non à raison de son émolument, excepté si l'ascendant avait fait une répartition du passif. Ils étaient aussi tenus du rapport. Quant à la garantie, il y eut des discussions, mais la doctrine générale y donnait toujours droit, même quand il n'y avait eu aucune stipulation à ce sujet, et c'était aussi ce à quoi entraînait inévitablement le principe que la distribution faite par l'ascendant n'était que le partage anticipé de sa succession *ab intestat*.

35. Quand l'ascendant déclarait léguer à chacun des enfants la part qu'il lui assignait, il s'élevait la question

de savoir si la nature de l'acte ne se modifiait pas, si, en d'autres mots, cette déclaration n'avait pas pour effet de rendre les enfants légataires en leur enlevant la qualité d'héritiers *ab intestat*?

La solution de cette question dépendait de la distinction suivante : dans les coutumes, où l'on pouvait avantager par préciput, l'acte était valable comme partage, quelle que fût l'inégalité des lots. On décidait que, même dans ce cas, ils étaient considérés comme des héritiers *ab intestat* car l'acte était valable comme partage quelque inégales que fussent les parts.

36. Dans les coutumes où l'égalité était une condition essentielle de la validité des partages, on pouvait justifier de l'utilité des prélegs et par conséquent attribuer à la manifestation de volonté de l'ascendant l'efficacité consistant à reconnaître comme légataires ceux qu'on n'aurait pas pu considérer légalement comme copartagés. En effet l'ascendant, en faisant des legs, pouvait avoir comme but de réaliser des inégalités que le partage lui interdisait de faire. Aussi Boullenois (question 8, p. 190) proposait-il une distinction. Si, dit-il, l'inégalité est assez considérable pour donner lieu à l'annulation du partage, il faut considérer les descendants comme légataires, car il était probable que l'ascendant avait disposé par forme de legs pour valider les inégalités qu'il n'aurait pu valider dans un partage; mais que dans le cas d'une attribution de legs de valeur égale, il ne pouvait entrer dans l'intention du disposant de changer la nature de l'acte et que, par conséquent,

la qualité d'héritier *ab intestat* devait leur être conservée.

37. Dans les coutumes de préciput, l'enfant pouvait subir un amoindrissement de sa part héréditaire par les dispositions de l'ascendant, mais il ne pouvait réclamer que s'il avait une atteinte à sa légitime et même dans ce cas il n'avait qu'une action en complément de la légitime.

Dans les coutumes d'égalité, le partage était rescindable pour lésion, mais il ne l'était pas pour toute lésion quelque minime qu'elle fût. C'eût été rendre tout partage d'ascendant impossible, Aussi ne prononçait-on la rescision que lorsque la lésion était d'une certaine importance laissée à l'appréciation du juge. (Ricard, Donations n° 1653.)

A part cela, les coutumes exigeaient la répartition égale des immeubles et des meubles. L'ascendant ne pouvait pas attribuer tous les immeubles à certains enfants, et ne donner à d'autres que des meubles ou de l'argent.

38. Du principe que le partage d'ascendant n'était toujours qu'une disposition de dernière volonté, un partage de succession fait pour avoir lieu après la mort, il s'ensuivait qu'il ne pouvait produire aucun effet pendant la vie du disposant, et qu'il était par conséquent révocable au gré de l'ascendant. La révocation se faisait soit par testament, soit par une simple déclaration écrite. L'exception apparente qui se trouvait dans une décision que le partage fait conjointement par le père et par la mère, et qui comprenait leurs biens communs et leurs

biens personnels en une seule masse, ne pouvait être révoquée que du consentement des deux, de sorte que la mort de l'un d'eux le rendait irrévocable, était moins une exception à la règle de la révocabilité, qu'une impossibilité du concours de volontés nécessaire pour révoquer le tout indivisible créé par ce concours.

39. Il en était de même lorsque le partage avait été fait par contrat de mariage. La disposition en faveur du mariage était irrévocable, non pas que le partage lui-même cessât d'être révocable, il l'était quand même et ce n'était que la disposition en faveur du co-partagé dans le contrat de mariage duquel il avait été fait qui restait irrévocable comme constituant une donation en faveur du mariage et participant ainsi de la nature des conventions matrimoniales.

40. Mais on discutait sur la question de savoir si le partage était encore révocable alors qu'il avait été exécuté, ce qui pouvait arriver par exemple quand l'ascendant délivrait immédiatement les lots aux co-partagés moyennant une pension que ceux-ci s'engageaient à lui servir.

Quelques auteurs pensaient que l'ascendant ne pouvait plus révoquer le partage par cela seul qu'il avait fait la délivrance des lots aux co-partagés (1). D'autres que cette renonciation ne pouvait être faite que par une déclaration expresse de l'ascendant; d'autres juris-

1. Auroux des Pommiers, Cout. du Bourbonnais, art. 117 n° 26 Loysel Inst. Coul.

consultes enfin étaient d'avis que jamais l'ascendant ne pouvait se priver du droit de révocation, qu'il ne pouvait, par le fait de la délivrance des lots changer la nature du partage d'ascendants qui était un acte de dernière volonté et comme tel pouvait être révoqué sans qu'une exécution provisoire de l'acte y pût mettre obstacle. A l'appui de cette doctrine on ajoutait un argument tiré du caractère de la démission des biens. En effet les démissions étaient révocables, et cependant elles étaient toujours suivies de la traduction réelle des biens. (Bouchol, Coutumes de Poitou; Boullenois, question 17.)

Le partage était nul s'il n'avait pas été fait entre tous les descendants, où si quelques-uns des biens de l'ascendant avaient été omis du partage. En ceci le droit coutumier différait du droit romain. En résumé le partage d'ascendants du droit coutumier ne fut jamais considéré que comme un partage de succession fait pour être exécuté après la mort du disposant, et on ne trouve rien d'analogue au partage entre vifs des biens présents du droit moderne.

41. *Démission de biens.* — La démission de biens était une institution par laquelle toute personne capable de laisser une hérédité légitime pouvait de son vivant se dépouiller de l'universalité de ses biens et en saisir ses héritiers présomptifs en conservant le droit de révoquer cet acte.

Pothier (Coutume d'Orléans, append. § 1) après avoir donné la définition de la démission de biens ajoute

qu'il implique contradiction qu'on puisse être héritier d'un homme qui est en jouissance de son état civil : *nulla est viventis hereditas*.

D'après Ferrière (1) la démission de bien est une disposition par laquelle un homme dans la vue d'imiter l'ordre des successions et de prévoir le cas de la mort, se dépouille de son vivant de l'universalité de ses biens pour en saisir par anticipation ses héritiers présomptifs et les rendre par ce moyen possesseurs actuels et propriétaires des biens d'une succession future dont ils n'avaient que l'espérance.

Il y avait donc là une fiction par laquelle la succession du démettant était censée ouverte, fiction qui le faisait réputer mort du jour de la démission. C'était donc, comme dit d'Argentré, une anticipation de succession.

D'après Boullenois qui caractérise cette institution suivant les différentes personnes qui peuvent être intéressées, la démission est une donation à cause de mort par rapport au démettant, par rapport au démissionnaire une succession anticipée, et par rapport aux créanciers et aux tiers un acte translatif de propriété.

42. La donation à cause de mort n'étant prohibée que dans l'intérêt des héritiers, la prohibition devait nécessairement cesser quand elle était faite en leur faveur. Du principe que la démission de bien était une anticipation de la succession, il résultait qu'elle devait

1. Dictionnaire de droit, Démission.

être l'image d'une succession naturelle, et par conséquent que tous les héritiers présomptifs du démettant devaient être compris dans la démission proportionnellement à leur droit héréditaire; que tous les biens devaient être compris dans la démission et qu'ils devaient l'être en tant qu'universalité et non pas comme attribution individuelle, encore que ces attributions contiennent tout le patrimoine. Bien entendu comme ceci n'était qu'une fiction le démettant pouvait pendant sa vie se réserver une portion de ses biens pour son usage. Enfin, il fallait que la démission eût pour effet de transmettre immédiatement la propriété, des biens du démissionnaire, sauf au démettant à conserver les biens qui lui surviendraient après la démission. Sauf quelques rares exceptions, aucune forme spéciale n'était requise pour la validité de la démission. Il fallait que la volonté du démettant fut bien constatée il fallait, en outre, l'acceptation du démissionnaire qui pouvait se faire tacitement par la prise de possession seule des biens démis. Il ne faut pas croire que le partage était inhérent à la démission de biens; elle pouvait être faite sans partage. Dans ce cas, il y avait à la mort du démettant un partage comprenant dans une seule masse tous les biens postérieur à la disposition réunis aux biens compris dans la démission. Si le partage avait été opéré par le démettant, il devait observer en ce qui concerne l'égalité des lots les règles établies suivant la distinction entre les coutumes de préciput et les coutumes d'égalité. La garantie était due par les démissionnaires entre eux.

43. La démission de biens, comme toute disposition à cause de mort, était essentiellement révocable. Cette révocation avait le grave inconvénient de porter atteinte aux droits de tiers qui avaient traité avec les démissionnaires. C'était cependant le seul moyen réservé aux démettants en cas d'ingratitude des démissionnaires.

Quelques jurisconsultes soutenaient que la démission une fois faite et exécutée devenait irrévocable. Cette opinion n'a pas prévalu cependant, car la règle fondamentale de la révocation de toute disposition à cause de mort s'y opposait.

Les parlements se montraient aussi peu disposés à valider des révocations qui pourraient porter atteinte aux droits des tiers. Ainsi les parlements de Normandie et de Bretagne considéraient la démission comme irrévocable. La révocation avait pour effet d'annuler tout acte de disposition consenti par le démissionnaire.

La démission de biens est donc une institution coutumière qui n'était qu'une mise en possession provisoire et conditionnelle de la succession future du démettant. C'est à la mort de celui-ci que le droit des démissionnaires se maintenait s'ils devenaient héritiers où qu'il était anéanti s'ils ne le devenaient pas.

§ III. — Droit intermédiaire.

44. Toutes les lois et les coutumes antérieures étant abrogées par la loi du 17 Nivôse an II qui établissait l'égalité entre les héritiers, mais qui se taisait sur les

partages d'ascendants, il y avait lieu à se demander, si la démission de biens avait été conservée.

La jurisprudence décida que cette loi ne faisait pas obstacle à la démission de biens telle qu'elle était admise dans les coutumes d'égalité. (Cassation, 11 décembre 1814.)

La loi du 5 germinal an VII, abrogeant la loi de nivôse, autorisait à avantager par préciput un des héritiers, et comme elle gardait le silence sur le partage d'ascendants, on doit en conclure qu'elle l'autorisait implicitement, car rien dans la disposition de la loi n'était contraire à ses principes.

DEUXIÈME PARTIE

PARTAGE D'ASCENDANTS D'APRÈS LE CODE CIVIL

Nous étudierons successivement ici la nature et les formes du partage d'ascendants, la capacité requise pour y figurer, les biens qui peuvent y être compris, les formalités qui y sont requises, et les modalités qui peuvent l'accompagner. Nous nous occuperons ensuite du partage testamentaire, ainsi que du partage par acte entre vifs. Enfin nous terminerons par l'étude des actions relatives aux partages d'ascendants et des effets que ces actions sont appelées à produire.

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE ET DES FORMES DU PARTAGE D'ASCENDANTS

45. Les auteurs du code civil, amenés à se prononcer sur les partages d'ascendants, rejetèrent la démission de biens. Mais ils conservèrent le partage testamentaire

de l'ancien droit, et établirent, en outre, un mode de partage nouveau, le partage de biens présents fait en forme de donation entre vifs. C'est ainsi que dans le titre des Donations entre vifs et des Testaments, ils consacrèrent un chapitre nouveau (1) au partage fait par père, mère, et autres ascendants entre leurs descendants.

48. Une particularité remarquable du partage d'ascendants, tel qu'il a été institué par le code civil, consiste à permettre à l'ascendant d'entamer en une certaine mesure la réserve d'un de ses descendants (art. 1079). En outre, le partage fait entre vifs constitue une dérogation à l'article 1130 qui interdit les pactes sur succession future. En effet, les descendants prennent l'engagement de reconnaître ce partage et, par suite, ils renoncent au droit de l'attaquer en réduction au cas où il porterait atteinte à leur réserve, et de provoquer un autre partage.

46. L'article 1076 dit que les partages d'ascendants pourront être faits par acte entre vifs ou testamentaire avec les formalités et règles prescrites pour les donations entre vifs et les testaments. — Quel peut bien être le sens exact de ces expressions « aux formalités, conditions et règles? » Est-ce seulement de la forme de l'acte que le législateur veut parler, ou bien veut-il entendre par cela que c'est les principes généraux, les règles, conditions et formalités fondamentales des

1. Art. 1075 à 1080.

donations et testaments auxquelles il faut se référer? Il n'y a pas à hésiter, car évidemment s'il fallait seulement se référer aux formes de l'acte, le législateur aurait tout simplement dit que les partages d'ascendants devaient être faits dans la forme prescrite pour les donations et les testaments, que s'il s'exprime ainsi qu'il le fait dans l'article 1076, c'est qu'il entend les règles spéciales aux partages d'ascendants étant limitées, se référer, quant au reste, aux principes généraux régissant les donations et les testaments.

47. Du fait que les formalités du partage d'ascendants sont les mêmes que celles des donations et des testaments, il peut résulter qu'on ne saura pas toujours au juste si l'intention de l'ascendant avait été de faire un partage ou de simples libéralités.

La question de savoir lequel de ces deux actes a voulu faire l'ascendant est cependant importante. Car si c'est une simple libéralité, elle peut être faite par préciput, et alors les descendants ne sont pas obligés de faire le rapport au moment du partage, tandis qu'ils y seraient tenus dans le cas contraire. Dans le partage d'ascendants, il ne saurait être question de préciput, car on ne rapporte pas quand il s'agit d'un partage effectué, mais d'un partage à réaliser.

48. Toutefois, si le partage d'ascendants diffère de la libéralité par avancement d'hoirie il ne doit pas être confondu avec la libéralité par préciput; car, dans le partage d'ascendant, l'égalité doit être observée entre les copartagés, et tous les héritiers doivent y être compris.

Quel est maintenant le moyen de reconnaître quand l'ascendant a voulu faire une simple libéralité et quand il a voulu faire un partage, et quel sera le critérium d'après lequel on décidera qu'il y a l'une ou l'autre de ces dispositions ?

49. On pourrait croire, au premier abord, que le caractère de généralité ou d'individualité de la disposition fournirait un critérium suffisant. Car, dans le legs ou la donation, la libéralité ne s'adresse qu'à un seul ou à quelques-uns des descendants, tandis que dans le partage d'ascendant la distribution est une attribution collective qui comprend tous les enfants.

On ne doit cependant pas s'arrêter à cette considération. Il se peut très bien, en effet, qu'on fasse par donation ou testament des attributions individuelles à tous les descendants, et aussi, d'autre part, que, dans un partage d'ascendants on omette des descendants et cependant la première disposition n'en aura pas moins le caractère de donations, tandis que la seconde sera un partage.

50. Il ne faut pas non plus chercher la nature de la disposition dans la dénomination que donnerait l'ascendant; car cette qualification n'est qu'une question de fait, et il appartiendra au juge d'apprécier quelle a été l'intention des parties. Le partage d'ascendants étant une faculté spéciale dévolue à la qualité d'ascendant, on se demande si, suivant en cela les dispositions limitatives de l'article 1075, on refusera à toute autre personne qui n'est pas ascendant de faire un tel partage. La raison

de douter vient de ce qu'on a confondu quelquefois le partage d'ascendants avec une simple division attributive de biens. C'est aussi l'incertitude qui règne sur le fondement du droit de disposer et de son étendue.

51. Sur le premier point, personne ne conteste que, si elle n'a pas d'héritiers à réserve une personne quelconque ne puisse faire la distribution de ses biens entre ses légataires ou donataires universels, ou à titre universel, et ceci sans aucune différence entre les étrangers, les frères et sœurs, ou même les ascendants.

Mais il n'y a alors qu'une réunion de donations entre vifs ou de legs ordinaires et non pas un partage d'ascendant. D'où il suit que, n'ayant pas eu de partage, il n'y aura ni action en garantie pour cause d'éviction, ni action en rescision pour cause de lésion ou de préterition (art. 1079 et 1078).

52. En second lieu, selon les principes de droit commun, la volonté de l'homme ne régit ses biens que jusqu'à sa mort; à ce moment, les droits qu'il avait passés à ses héritiers. Indiquer ses héritiers est l'acte suprême qu'il peut faire. Mais les partager excède le droit que la loi lui accorde. En effet, pour qu'il y ait lieu à un partage, il faut que des biens aient été possédés par indivis. Quelle que soit la qualification donnée à l'acte, il ne peut pas y avoir de partage entre personnes qui n'ont pas été copropriétaires des biens et il en est ainsi pour les légataires et les donataires qui n'ont jamais été copropriétaires des biens donnés ou légués.

53. Il faut donc décider que d'après le droit commun, il n'y a pas lieu à un véritable partage dans la distribution de ses biens même fait par l'ascendant par acte entre vifs du testamentaire. C'est un droit exceptionnel que la loi accorde par l'article 1075 aux ascendants et qui a son origine dans la fiction du droit romain et de l'ancien droit français passée dans notre législation. En vertu de cette fiction, l'article 1075 assimile la distribution faite par l'ascendant à un partage de choses communes fait entre copropriétaires et lui en faire produire les effets. On doit en conclure qu'une personne autre que l'ascendant ne pourrait pas se prévaloir de l'article 1075 pour prétendre que la distribution de ses biens faite par elle soit susceptible de produire les mêmes effets que le partage fait par l'ascendant entre les descendants. En d'autres termes, le partage d'ascendants, tel qu'il est réglé par l'article 1075 est un acte *sui generis* en dehors des règles générales; c'est une institution spéciale qui déroge aux règles de droit commun et qui n'y déroge qu'en faveur des ascendants et par conséquent, les dispositions faites par toute autre personne ne peuvent pas être régies par cet article et restent soumises aux règles du droit commun.

54. Malgré ces raisons, on a soutenu que quand une personne qui n'est pas un ascendant a déclaré faire le partage de sa succession entre ses héritiers présomptifs, la disposition produit les effets attachés au partage d'ascendants.

On prétend d'abord que les raisons sont les mêmes dans le cas où c'est un autre qu'un ascendant qui partage ses biens.

Lui aussi il peut avoir voulu faire disparaître tout sujet de contestations entre ses héritiers, distribuer les parts selon les convenances et les besoins de chacun, leur éviter les frais d'un partage judiciaire, ou aussi remettre entre leurs mains une administration qui commençait à lui peser. Pourquoi dès lors ne pas admettre l'extension des dispositions de l'article 1075 à ce cas, puisque les motifs sont analogues ?

55. Ces raisons ne nous semblent pas fondées ; on ne peut parler de motifs d'analogie quand il s'agit d'exceptions au droit commun ; et d'ailleurs, ces motifs d'analogie n'existent pas. Si la loi prend des dispositions pour éviter des dissensions entre enfants du même père c'est que ces dissensions troublent l'ordre moral et divisent la famille. Il y a aussi des troubles possibles à éviter entre parents et il serait désirable qu'ils n'existent pas même entre étrangers. Mais la loi n'a pas cru devoir recourir à des dispositions exceptionnelles considérant que ces troubles n'ont pas le même caractère de gravité que les premiers. D'ailleurs, dans ce dernier cas, la présomption selon laquelle l'ascendant est mu envers chacun de ses héritiers du même degré d'affection, n'est plus fondée ; on ne peut pas non plus prétendre que c'est par simple erreur ou oubli que les lots sont divers ou que l'un de ses successeurs a été omis. On a dit il est vrai, que ceux qui peuvent dis-

poser peuvent par cela même partager les biens et que par conséquent rien ne s'opposerait à ce que la personne qui peut priver les héritiers légitimes de l'hérédité, ne puisse à plus forte raison leur distribuer les biens comme elle l'entend, que rien ici ne limitait le droit de partage et que si, pour les dispositions de l'ascendant il a fallu une déclaration spéciale de la loi, afin de lui permettre de faire le partage de ses biens entre ses descendants, c'est que cette disposition était nécessaire étant donnée l'indisponibilité de la réserve, mais que cette indisponibilité n'existant pas pour toute autre personne que l'ascendant en faveur de ses descendants, la loi n'avait pas fait une disposition qui n'était pas nécessaire en ce cas.

Mais on peut répondre que rien n'implique que le droit de partager soit une conséquence du pouvoir de disposer. On peut très bien disposer de ses biens comme on l'entend, sans que pour cela on puisse, une fois que cette disposition a eu lieu, l'entraver par des dispositions que le droit commun ne permet pas, comme le partage anticipatif des biens. Or, la loi défend de partager et de faire acte de puissance après sa mort, en tant qu'on ne jouit pas d'une exception.

On a objecté aussi que celui qui a fait un partage de ses biens entre des héritiers autres que ces descendants avait entendu se référer aux règles des partages d'ascendants. Sans doute, mais encore faut-il que le contrat dont on réclame les effets existe en réalité et que ce ne soit pas un autre acte d'une autre nature et caractère en présence duquel on se trouve. Or, la nature d'un acte et ses effets

ne dépendent pas de la qualification qu'il peut plaire à quelqu'un de lui donner. Ce n'est donc pas en disant qu'on a fait ou qu'on veut faire un partage que l'acte qui a été fait devient un partage et en produit les effets. Nous en concluons que les dispositions par laquelle une personne autre qu'un ascendant distribuerait ses biens entre ses héritiers ne constituerait qu'une réunion de donations ou de legs, et qu'il ne suffirait pas pour leur faire produire les effets du partage de les qualifier de ce nom.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ REQUISE POUR FAIRE UN PARTAGE
D'ASCENDANTS ET DE CELLE POUR ÊTRE APPELÉ A EN BÉNÉFICIER

61. La capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament est la règle, l'incapacité n'est que l'exception. (Art. 902, C. civ.)

Tel est le principe applicable à notre matière, puisque aux termes de l'article 1076, c'est par les règles des donations et des testaments qu'est régie la capacité des ascendants et des descendants dans les partages d'ascendants.

En ce qui concerne la capacité des ascendants, ils sont sans aucun doute capables de disposer, à titre gratuit, soit par acte entre vifs, soit par testament. Il n'y a d'incapacité de distribuer ses biens entre ses enfants que pour l'ascendant qui a été condamné à une peine afflictive perpétuelle. (Loi du 31 mai 1854, art. 3.)

62. Pour les partages entre vifs ont la capacité requise :

La femme mariée, avec l'autorisation de son mari ou de justice, tandis qu'elle n'en a pas besoin pour faire un partage par testament ;

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, seulement avec l'assistance de son conseil; puisqu'il ne peut faire de donation entre vifs sans cette assistance. (Art. 499 et 513, C. civ.)

La personne placée dans un établissement public ou privé d'aliénés n'est pas par cela seul frappé de l'incapacité de disposer par donation entre vifs. Tous actes de cette nature et par conséquent le partage entre vifs fait durant un intervalle lucide seront valables, mais les dispositions peuvent être attaquées pour démence pendant ce temps. (Loi 30 juin 1838.)

L'interdit, s'il était, suivant la théorie générale, incapable de disposer à titre gratuit, ne pourrait évidemment pas faire un partage entre vifs. Si au contraire on admet la théorie suivant laquelle il peut disposer à titre gratuit dans les intervalles lucides, on lui permettra aussi de faire un partage entre-vifs. (Demolombe Vallette.)

L'étranger non naturalisé pourrait également faire un partage entre vifs puisqu'il peut disposer à titre gratuit, soit par donation entre vifs, soit par testament.

Quant au mineur, s'il était possible de supposer un mineur ayant à faire le partage de ses biens entre ses enfants, il ne pourrait pas faire le partage par donation entre vifs (art. 903). Mais il en serait différemment en ce qui concerne les mineurs âgés de plus de seize ans pour les partages faits par testament, puisqu'ils ont la capacité de tester. La femme mariée, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'auraient également besoin d'aucune autorisation ou assistance pour faire un par-

tage entre vifs puisqu'ils ont de même la capacité de tester.

Pour le mineur âgé de plus de seize ans, il y a controverse sur le point de savoir si c'est seulement jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont il pourrait disposer s'il était majeur, qu'il est capable suivant en ceci le deuxième alinéa de l'article 904.

On soutient que l'article 904 ne fait que rendre indisponible à certains égards la moitié de ses biens dont il ne permet pas au mineur de disposer. Or, les articles 1075 et suivants permettent à l'ascendant de distribuer même sa quotité indisponible. Donc, il pourra faire la distribution de tout son patrimoine, d'autant plus, dit-on, que la raison de l'interdiction de l'article 904 n'existe pas ici. C'est dans l'intérêt de la famille du mineur que cet article a été dicté afin que le mineur ne leur cause pas de préjudice par des actes de dernière volonté. Mais comme ce n'est qu'entre ses enfants qu'un ascendant peut faire un partage testamentaire, la raison n'existe plus. Mais on répond qu'il ne faut pas séparer la capacité testamentaire que l'article 904 accorde au mineur de la restriction conditionnelle qu'il y a mise; qu'il n'est pas vrai de dire que la famille ne puisse dans certains cas souffrir un préjudice de ses dispositions testamentaires car il pourrait entamer la réserve d'un des enfants au bénéfice d'un autre.

65. Relativement à la capacité requise pour être compris dans un partage d'ascendants, il faut, pour le partage par acte entre vifs, la capacité requise pour rece-

voir par donation entre vifs, c'est-à-dire être conçu au moment de sa confection. Ainsi l'enfant non conçu, celui qui aurait été condamné à une peine afflictive perpétuelle ne pourraient pas être compris dans un partage entre vifs, d'autant plus que, s'ils y étaient compris, leur incapacité rejaillirait sur les autres enfants; il en résulte que, dans le cas où il existe un enfant condamné à une peine afflictive perpétuelle, le partage d'ascendants par acte entre vifs n'est pas possible; car, d'une part, ce partage est nul s'il ne comprend pas tous les enfants, et, d'autre part, il est également nul s'il comprend des personnes incapables de recueillir à titre gratuit par acte entre vifs.

66. Le partage-donation doit être accepté par les enfants soit personnellement, soit par un mandataire muni d'une procuration authentique, s'ils n'ont pas l'exercice de leur droit d'après les règles établies par les articles 934, 935 et suivants pour l'acceptation d'une donation.

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut accepter sans l'assistance de son conseil (art. 499-513.)

L'administrateur provisoire peut accepter le partage au nom de celui des enfants qui se trouverait placé dans un établissement d'aliénés. (Loi, 30 juin 1830.)

Si l'un des enfants est absent, et qu'il soit compris dans la distribution faite par l'ascendant, l'acceptation au cas où l'absence est déclarée, sera faite par les envoyés en possession ou par le conjoint administrateur légal. Mais s'il n'y a que présomption d'absence, l'ascendant pourra provoquer la nomination d'un cura-

teur ou d'un mandataire spécial qui l'accepterait au nom de l'enfant absent; et il ne faudrait pas appliquer l'article 113 sur la personne à désigner, car les formalités du partage de succession sont inapplicables ici. Le tuteur autorisé par le conseil de famille peut représenter l'interdit pour accepter et il en est de même pour le mineur émancipé.

67. Conformément à l'article 935, tout ascendant pourra accepter pour le mineur la donation qui lui serait faite même sans l'autorisation du conseil de famille. Mais cet ascendant pourrai-t-il accepter la donation sans cette autorisation si elle était accompagnée d'une charge ayant pour résultat de diminuer la libéralité, comme le paiement d'une soulte dont son lot aurait été chargé, ou comme le service d'une pension ou d'une rente viagère? Nous ne croyons pas qu'on doive, dans ces cas — refuser à l'ascendant le droit d'accepter pour son descendant, par la raison que ces charges accompagnent ordinairement les partages.

68. Dans les partages faits conjointement par le père et la mère de leurs biens distincts, chacun d'eux pourra accepter pour l'enfant mineur le partage-donation fait par l'autre.

Quand c'est par testament que le partage est fait, on se demande si c'est bien la capacité requise pour recevoir par testament, qu'on doit encore trouver dans la personne des descendants. La raison de douter vient de ce que l'article 1076 ne fait aucune distinction entre le partage entre vifs et le partage testamentaire, que de même que le premier est soumis aux formalités, con-

ditions, et règles prescrites pour les donations entre vifs, de même celui-ci est soumis aux formalités, règles et conditions prescrites pour les testaments. D'où l'on conclut que la capacité requise pour recevoir dans un partage-donation étant celle requise pour recevoir par donation, la capacité pour recevoir dans un partage-testament doit être la même que celle requise pour recevoir par testament.

69. L'opinion générale est cependant que c'est la capacité requise pour recevoir *ab intestat* et non celle pour recevoir par testament qu'il faut pour les descendants dans le partage fait par testament. Qu'est-ce, dit-on, que le partage testamentaire, sinon surtout un acte de distribution? L'ascendant remplit par avance l'office que remplirait le juge à sa mort. Il fait le partage de sa succession *ab intestat*. L'enfant est appelée comme héritier et non pas comme légataire, et, ceci étant, c'est la capacité de succéder *ab intestat* qui doit être requise et non pas celle de recevoir par testament (1).

70. Cette dernière opinion nous semble préférable. En effet, le principal argument de l'opinion adverse est l'analogie résultant de la généralité de l'article 1076. Or, cette analogie n'existe pas entre deux modes de disposer si différents que la donation et le testament. Dans le cas de partage par acte entre vifs, les descendants n'ont pour acquérir actuellement du vivant de l'ascendant les biens qu'il leur transmet d'autres titres que celui de donataire d'où il suit qu'ils doivent avoir la

1. Demolombe, t. VI, n° 30. Lyon-Caën, thèse doctorat.

capacité de recevoir par donation ; tandis que dans le cas d'un partage par testament, c'est la loi elle-même qui leur défère la succession, puisque le partage testamentaire a pour objet de régler, de distribuer entre eux cette succession que la loi leur défère ; ils sont donc seulement obligés d'avoir la capacité pour recevoir *ab intestat*. Cette solution permettra aux descendants condamnés à une peine afflictive perpétuelle qui, aux termes de la loi du 31 mai 1854, est incapable de recevoir par donation ou testament, mais qui conservent leurs droits comme héritier *ab intestat*, de recevoir dans un partage testamentaire, et ceci non seulement dans l'intérêt de ce descendant mais surtout dans celui de l'ascendant qui se verrait privé par là, étant donné l'article 1078, du droit de faire utilement le partage par testament de ses biens entre ses enfants.

Dans le partage par testament, l'acceptation des descendants n'est pas nécessaire, de plus, le partage est obligatoire pour eux, car c'est la succession déférée par la loi qui leur arrive partagée. Ils devraient donc, s'ils ne veulent pas recueillir les biens donnés, renoncer au partage-testament et du même coup renoncer à la succession.

Il faut en outre que, suivant les articles 725 et 906, les descendants soit conçus à la mort du *de cujus*.

CHAPITRE III

DES BIENS QUI PEUVENT ÊTRE COMPRIS DANS UN PARTAGE
D'ASCENDANTS

71. Le partage d'ascendants peut comprendre tous les biens de l'ascendant, la réserve et la quotité disponible (art. 1075).

Ceci est fondé en raison, car la réserve a, pour unique objet, en apportant des restrictions au droit de disposer, de protéger les enfants contre les libéralités excessives que leurs auteurs pourraient faire à leur préjudice.

Or, la nature même du partage d'ascendants offre cette protection puisque l'ascendant est obligé, sous peine de nullité, de comprendre tous ses descendants successibles dans le partage, et de répartir son patrimoine entre eux, conformément à leurs droits héréditaires.

72. L'article 1076, alinéa final, décide que les partages faits par actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. On entend par biens présents ceux qui sont la propriété de l'ascendant, soit qu'il les possède effectivement, soit que, ne les possédant pas encore, il ait sur eux un droit en vertu d'un titre existant au moment du partage par acte entre vifs.

73. La règle établie dans l'article 1076 résulte du principe que le donateur doit se dessaisir actuellement des biens donnés. Or, le partage entre vifs assimilé à la donation ayant un effet immédiat, irrévocable, ne peut sans contredit comprendre que des biens présents.

L'infraction faite à cette règle dans un partage entre vifs donne-t-elle lieu à l'annulation totale du partage ou seulement à celle de la disposition concernant les biens à venir?

74. Pour la donation entre vifs, l'article 943, après avoir établi le principe, décide que si la donation comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. La donation qui comprend des biens présents et des biens à venir ne sera donc nulle qu'en ce qui concerne les biens à venir. En sera-t-il de même du partage fait par acte entre vifs? Certains auteurs ont soutenu la négative en se fondant sur ce que l'article 1076 ne faisant pas la distinction établie par l'article 943 en matière de donation, et ne disant pas que le partage sera valable pour les biens présents au cas où il porterait sur des biens présents et à venir, il s'ensuivrait que le partage serait nul pour le tout dans ce cas par la raison que l'acte formerait un seul tout indivisible.

D'ailleurs, dit-on dans cette opinion, l'article 943 exprime déjà ce qu'on prétend être dit dans l'article 1076, et comme on applique au partage fait par acte entre vifs les règles des donations, la règle édictée par l'article 943 serait aussi applicable.

Si donc, dit-on, l'article 1076 statue spécialement dans ce cas pour les partages par actes entre vifs, c'est

que le législateur a voulu que les partages soient annulés entièrement quand ils contiendraient une disposition relative à un bien à venir.

75. Cette manière de voir ne nous semble pas acceptable. Il est trop absolu de dire que toutes les fois qu'un principe se trouve exprimé déjà dans un article, si l'application en est faite dans un autre, cela devrait plutôt prouver que l'on a voulu dire le contraire, ne comprenant pas le besoin qu'on aurait de répéter ce qui avait déjà été dit.

Sans aucun doute, à notre avis, l'article 1076 est une application de l'article 943. Que cette application soit inutile, c'est possible. Mais combien il y en a-t-il dans le Code qui sont inutiles au même degré, et qui constituent des répétitions ? Il n'est pas vrai de dire non plus que le partage-donation forme un tout indivisible et qu'il doit être à ce titre valable en entier ou nul en totalité. Car ce n'est pas là un principe, cela peut quelquefois être une nécessité ; si les biens à venir et les biens présents sont tellement mélangés dans les lots qu'il devient impossible de les scinder, le partage sera forcément annulé en entier. Mais si les biens présents sont répartis entre tous les enfants, il importe bien peu que l'ascendant ait fait des lots de biens à venir, la nullité de ces derniers n'entraînerait pas celle des premiers (1). Au contraire le partage testamentaire peut comprendre des biens à venir car il suffit que ces biens se trouvent dans le patrimoine de l'ascendant au moment de son décès.

1. Laurent, t. page 40 ; Réquier, page 239.

76. L'ascendant ne peut faire entrer dans un partage entre vifs que les biens dont il a la capacité de disposer. Nous ne parlerons ni des mineurs, ni de l'interdit, car ils n'ont pas la capacité de disposer à titre gratuit, et que leurs tuteurs ne peuvent pas faire de libéralités.

Mais la femme mariée sous le régime dotal ne peut pas opérer le partage entre vifs de ses biens inaliénables. Il y a exception pour le cas prévu par les articles 1555 et 1556, mais il faut que tous les enfants s'établissent en même temps par mariage ou de toute autre manière.

Le partage par testament peut comprendre les biens dotaux inaliénables, car pour l'époque où l'acte produira son effet les biens sont libres.

Si l'ascendant a fait avant de distribuer ses biens entre ses enfants des donations avec dispense de rapport ou en avancement d'hoirie à quelques-uns d'entre eux, peut-il, quand il veut faire la distribution de ses biens, y comprendre aussi ceux dont il aurait ainsi disposé ?

Si la donation a été faite avec dispense de rapport, le donataire étant devenu propriétaire irrévocable des biens, l'ascendant ne peut évidemment pas les faire entrer dans un partage testamentaire.

77. Dans un partage entre vifs, il en est de même. Il n'y a pas de rapport possible de la part de l'enfant avantage, avec dispense de rapport et les biens ne pouvant plus rentrer dans la succession du donateur se trouvent exclus de tout partage.

Si la donation a été faite en avancement d'hoirie sans dispense de rapport, la question est plus discutée.

Suivant la plupart des auteurs il n'y aurait, sans distinction entre le cas où le partage serait fait entre vifs, et celui où il serait fait par testament, aucune difficulté pour décider que, dans ce cas, l'ascendant peut faire entrer dans le partage les biens donnés.

78. Nous croyons avec M. Laurent qu'en ce qui concerne d'abord les partages faits par acte entre vifs, en principe les biens donnés même sans dispense de rapport étant sortis irrévocablement du patrimoine du donateur ne peuvent plus pour lui faire l'objet d'un partage, car il n'en a plus la propriété ; qu'il n'est pas assez de dire comme le font les partisans de la doctrine adverse que dans notre cas les biens sont rapportables, car il ne s'agit pas ici de rapport.

Pour pouvoir comprendre des biens donnés antérieurement dans son partage, l'ascendant devrait en être propriétaire à ce moment. Or, il faudrait pour cela qu'il pût révoquer la donation ; et les donations entre vifs, même sans dispense de rapport, étant irrévocables, on ne peut pas du fait qu'il y aura lieu à rapport à la mort du donateur, déduire que l'ascendant puisse de son gré révoquer ces donations.

79. Mais est-il vrai au moins de prétendre d'une manière absolue qu'en pratique, l'acceptation du donataire étant nécessaire, en acceptant le partage il validerait par son acceptation l'attribution qui serait faite du bien qu'il a reçu à un autre enfant ?

L'enfant donataire peut d'abord en renonçant à la succession du donateur s'exempter du rapport et par conséquent, l'ascendant ne peut contre la volonté du

donataire comprendre les biens donnés dans le partage.

Mais dans le cas même où l'enfant donataire accepterait le partage d'ascendants, a-t-il par là consenti au rapport et renoncé au droit de conserver jusqu'à la mort du donateur les biens donnés ?

S'il est vrai de dire qu'un donataire peut disposer comme il l'entend du bien à lui donné, cela n'implique pas qu'il puisse rapporter à une succession qui n'est pas encore ouverte, du vivant du donateur, car le rapport supposant l'acceptation, il constituerait là une convention sur succession future prohibée par la loi (art. 1130).

80. A moins de dire que c'est la loi même qui, en autorisant un partage anticipé, implique l'autorisation d'une convention sur succession non ouverte encore, mais que la loi permet à l'ascendant d'ouvrir fictivement, et alors ce serait une exception permise à la prohibition des pactes successoires, car elle est faite par la loi.

Dans le partage fait par testament, l'ascendant pourrait aussi, suivant l'opinion générale, comprendre les biens qu'il a donnés sans dispense de rapport, car il ne fait, dit-on, que régler par avance le partage de sa succession telle que ses héritiers l'eussent fait à sa mort, et que ceux-ci étant forcés à cette époque de faire le rapport, l'ascendant pouvant faire avant tout ce que ses héritiers feraient après sa mort, il peut disposer des biens donnés sans dispense de rapport.

81. Nous croyons encore dans ce cas l'opinion générale non fondée. Toute donation entre vifs sans distinguer si elle est faite avec ou sans dispense de rapport, est irrég-

vocable. Le bien une fois donné étant définitivement sorti de son patrimoine, si l'ascendant le comprend dans un partage testamentaire il fait un legs nul car il lègue la chose d'autrui.

82. Il n'est pas vrai de dire que le rapport étant dû à la mort du donateur des biens qu'il a donnés par avancement d'hoirie, ils font partie de la masse que les enfants auraient à partager à la mort de l'ascendant, et que ce dernier peut partager entre eux par anticipation.

Il y a confusion dans cette manière de voir. Le rapport est dû seulement d'héritier à héritier. Il serait donc incontestable dans le cas où ce serait entre les enfants qu'aurait lieu le partage. Mais quand c'est l'ascendant qui le fait, il ne peut pas exiger de rapport; il ne peut, en outre, considérer le rapport comme ayant eu lieu, car il n'est pas héritier et que le rapport n'est dû qu'aux héritiers.

83. La preuve la plus évidente que cela est ainsi, c'est que si l'ascendant comprenait dans un partage testamentaire des biens qu'il avait donnés antérieurement, sans dispense de rapport et que l'enfant donataire ayant intérêt à renoncer à la succession y renonce, ce qui le dispense de l'obligation du rapport, il y aurait dans la masse des biens compris dans le partage d'ascendant un bien qui y serait évidemment compris à tort, comme ne faisant plus partie du patrimoine de l'ascendant donateur, et celui-ci aurait fait un legs nul ayant légué la chose d'autrui.

Tout ce résultat aurait lieu malgré que le partage fût fait selon toutes les règles adoptées par l'opinion que

nous combattons, et par conséquent cette opinion ne peut être qu'erronée.

Il résulte de là que l'ascendant donateur ne pouvant imposer le rapport, doit, s'il veut comprendre le bien donné sans dispense de rapport, faire un projet de partage seulement, projet qui ne deviendra définitif que par l'acceptation du donataire. Cè qui constituerait encore une anomalie, car l'ascendant qui fait un partage par testament ne le propose pas à l'agrèation de ses descendants, mais le leur ordonne.

84. On objecte que le testament-partage ne produit son effet qu'au décès de l'ascendant, et qu'à ce moment, toutes les donations en avancement d'hoirie se trouvent résolues de plein droit, et sont, par l'effet du rapport, rentrées dans la masse partageable.

Cette manière de voir ne nous semble pas soutenable. Il n'est pas exact de dire que les donations en avancement d'hoirie soient résolues de plein droit à la mort du donateur. Pour être soumis au rapport, il faut être héritier, par conséquent accepter la succession. Ce n'est donc pas la mort du donateur qui peut donner lieu à la résolution de la donation sans dispense de rapport, mais l'acceptation de la succession par l'enfant donataire en avancement d'hoirie.

85. Nous sommes donc loin de la résolution de plein droit par la mort seule du donateur, et la preuve, c'est que le donataire pourrait aliéner avant la mort de l'ascendant le bien donné, et comment ce bien pourrait-il alors faire partie de la masse partageable de l'ascendant, dans le testament-partage, et quel serait l'effet de cette

résolution de plein droit, qu'affirme l'opinion que nous combattons?

Il est inutile de répéter que le donataire sans dispense de rapport peut renoncer à la succession et retenir dans les limites de la quotité disponible le bien donné, renonciation qui fait qu'il soit considéré comme n'ayant jamais été héritier, par conséquent jamais soumis au rapport. Comment concilier alors avec cette observation la résolution de plein droit de la donation?

86. L'institution d'un héritier par contrat de mariage constitue-t-elle pour l'ascendant un empêchement de comprendre dans un partage les biens dont il a ainsi disposés? Une controverse peu explicable règne sur ce point. Il est en effet incontestable que l'institution contractuelle est irrévocable; qu'une révocation peut avoir lieu aussi, indirectement par des actes à titre gratuit, que le partage d'ascendants est un acte à titre gratuit, et que par conséquent l'ascendant ne pouvant pas révoquer indirectement ce qu'il ne peut révoquer directement, ne peut pas donner à titre de partage les biens qu'il a donnés par institution contractuelle. Certains auteurs (1) sont cependant d'un avis contraire, et la jurisprudence semble suivre cette opinion (2); on prétend que le consentement de l'institué contractuel peut donner ce droit à l'ascendant, qu'il n'y aurait pas là un

1. Demolombe, t. VI, n° 78. Réquier n° 121.

2. Cass. 11 février 1879. Sir. 80. 1. 201. Cass. 26 mars 1845 Sir. 47. 1. 120.

pacte sur succession future, parce que l'institué aurait un droit conditionnel et non seulement un droit éventuel, et qu'il pourrait par conséquent disposer de ce droit, et consentir qu'un droit indivis soit changé pour lui, par l'ascendant en un droit sur des biens déterminés. M. Laurent (t. 15, p. 59) répond victorieusement à ceci en faisant remarquer, que l'institué doit pour avoir droit aux biens qui lui ont été donnés par contrat de mariage, accepter l'institution; et en faisant cela et en consentant à la transformation dont il a été question, ne fait-il pas un pacte sur succession non encore ouverte ?

87. On voudrait appliquer à ce cas, ce qui a été dit de l'avancement d'hoirie, et échapper ainsi par une fiction, qui considérerait la succession du donateur ouverte, à la prohibition pour le donataire d'accepter et de disposer. Mais comme il n'y a pas de fiction reconnue par la loi, on ne peut étendre celle admise en un autre cas, les fictions étant de stricte interprétation. D'ailleurs il n'y a aucune analogie entre le rapport des biens donnés en avancement d'hoirie, rapport qui est impliqué dans la permission donnée par la loi à l'ascendant de faire entre vifs le partage de ses biens, car il n'y a pas de partage sans rapport, et entre le fait de comprendre dans le partage des biens que l'ascendant a déjà donnés à un héritier contractuel. Car dans ce dernier cas, non seulement il n'y a pas nécessité de remettre les biens dans la masse mais au contraire il y a le droit acquis de l'institué qui s'y oppose, et aussi la prohibition des pactes successores. On objecte enfin que la voca-

tion de l'institué contractuel ne peut être plus forte et plus sacrée que celle des héritiers légitimes : ce qui aurait lieu, dit-on, si on ne permettait pas à un ascendant de comprendre dans son partage des biens dont il a disposé en faisant une institution contractuelle, alors qu'on lui permet incontestablement de comprendre dans son partage même les biens réservés à ses héritiers. Nous répondons d'abord que le droit de l'institué étant un droit conventionnel, est en dehors de toute atteinte ; qu'au contraire la réserve qui dérive de la loi reste soumise à toutes les modifications que le législateur juge convenable d'y opposer (1) Mais la question n'est pas là. L'article 1083 dit que l'institution contractuelle est irrévocable. L'instituant peut-il en présence de cette disposition de la loi disposer de ce qu'il a donné par institution contractuelle, en disposer à titre gratuit sous le nom de partage ? On doit sans aucune hésitation répondre négativement, et il est étonnant qu'en présence de ces textes si précis les interprètes puissent trouver matière à controverse.

88. Un ascendant peut comprendre dans son partage la part indivise lui appartenant dans un bien quelconque ou dans une universalité de biens.

Le partage conjonctif des biens de communauté ne présentera pas de difficultés lorsque les ascendants n'auront que des enfants communs. Mais si l'un des époux ou tous les deux ont des enfants de précédents mariages pourront-ils aussi partager la communauté

1. Aubry et Rau, § 731, n° 43.

existante, entre les enfants des différents lits. M. Demolombe décide qu'ils le peuvent à la condition de répartir les biens suivant les droits héréditaires des enfants, c'est-à-dire en apporportionnant les enfants communs du chef du père et du chef de la mère, et les autres du chef seulement de leur auteur. (Genty, p. 453; Bonnet, 275.) Réquier prétend que les époux ne peuvent faire le partage conjonctif des biens de communauté lorsqu'il existe des enfants d'un précédent mariage. Enfin une dernière opinion à laquelle nous nous rallions, dit, suivant MM. Aubry et Rau, que le partage des biens communs est possible entre les enfants de différents lits, et il restera valable, à la condition que la femme ou ses héritiers acceptent la communauté. En fait la communauté sera acceptée ou répudiée, suivant sa qualité bonne ou mauvaise, ce qu'il est facile d'apprécier au moment du partage. Au surplus il est bien entendu que les propres des ascendants ne devraient pas être, dans ce cas, confondus en une seule et même masse. Le partage testamentaire de leurs biens communs fait conjointement par le père et la mère semble être interdit par les articles 1395, 1423, 1441, 1453 et 1467. On a proposé cependant divers systèmes qui permettent d'arriver à un semblable partage.

89. Le premier, soutenu par Rolland de Villargues et Duranton, consiste à dire que les père et mère font par un acte la division entre eux des biens de la communauté. Ensuite chacun fait le partage testamentaire tant de ses biens propres que de ceux entrés dans son lot de communauté, et après le décès du prémourant le

survivant ratifie la division des biens de la communauté ; ce qui aurait pour effet de la valider et de rendre le partage testamentaire inattaquable. (Douai, 3 août 1846.) Mais la femme ne pouvant, tant que dure la communauté, faire un acte susceptible d'entraîner son acceptation ou sa répudiation, et la division entre les époux n'étant d'ailleurs permise par aucun texte, n'est valable ni comme partage définitif ni comme partage provisionnel et dès lors la ratification par le conjoint survivant n'est pas opposable aux enfants tant qu'ils n'ont pas eux-mêmes ratifié le partage. (Bordeaux, 26 fév. 1863 ; Orléans, 5 juin 1862.)

90. Suivant un autre système, le père par un acte testamentaire, opère la division des biens de la communauté entre sa femme et lui, par l'attribution d'un lot à chacun, et il réunit son lot à ses biens personnels pour faire le partage testamentaire du tout entre ses enfants. Après le décès du mari, la femme ratifie et accepte son lot, ce qui rendrait les dispositions du mari valables. (Amiens, 9 déc. 1847 ; contrà : Cass. 23 déc. 1861.) (Contrà Aubry et Rau ; Demolombe ; ouvr. cités.) Le troisième système, invoquant les articles 1466 et 1492 du Code civil, dit que le père fasse seul entre les enfants le partage testamentaire des biens de la communauté et qu'en suite la femme renonce à la communauté, ce qui rendrait efficace ce partage.

1. Enfin un dernier système s'exprime ainsi : Chacun des père et mère dans son partage testamentaire attribue à l'enfant A sa part indivise dans tel bien, ou même la totalité si elle lui revient, à l'enfant B sa part dans tel

autre bien et ainsi de suite. La validité des partages ainsi fait dépendrait de l'accord des parties au décès du premier mourant des ascendants ; mais si le survivant convertissait son partage testamentaire en un partage entre vifs, accepté de tous les enfants, on pourrait éviter de recourir au partage judiciaire, s'il se trouvait des mineurs. (Cass. 24 mars 1861.) Aucun des systèmes proposés n'étant praticable nous devons conclure que le partage testamentaire [des biens de la communauté ne peut être fait régulièrement.

92. Le partage entre vifs, fait par l'époux survivant, est nécessairement précédé d'une liquidation de la communauté ; mais l'époux survivant peut faire entrer dans son partage entre vifs les biens personnels de son conjoint prédécédé, et la part de celui-ci dans la communauté encore indivise.

L'acceptation d'un pareil partage par les enfants tous majeurs le rend inattaquable ; le descendant incapable ne pourrait pas donner son consentement valable à un tel acte, qui se trouverait entaché de nullité jusqu'à sa ratification. (Montpellier, 6 mars 1871.) Dans le partage testamentaire, au contraire, un ascendant ne peut comprendre les biens de son conjoint prédécédé dans le partage. (Caen, 15 juin 1863.) Mais la nullité d'un semblable partage serait couverte par l'acceptation des enfants tous majeurs et ayant la libre disposition de leurs droits. (Montpellier, 6 mars 1871.)

93. Ce que nous avons précédemment dit de l'institution contractuelle s'applique aussi à la promesse d'égalité, et, suivant la majorité des auteurs et la jurispru-

dence, l'ascendant pourrait valablement comprendre, dans un partage entre vifs ou testamentaire, les biens sur lesquels l'institué a un droit, pourvu qu'il ne porte pas atteinte à la clause contractuelle, et que le partage d'ascendants n'anéantisse ou ne réduise les droits de succession de l'institué. (Cass., 26 mars 1845, 7 avril 1873, févr. 1878.)

CHAPITRE IV

DE LA FORME EN LAQUELLE PEUT ÊTRE FAIT UN PARTAGE D'ASCENDANTS, ET DES MODALITÉS QUI PEUVENT L'ACCOMPLIR.

94. Les formes dans lesquelles doivent être faits les partages d'ascendants sont les formes ordinaires des donations et des testaments ; l'article 1076 dit : « Les partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et les testaments. » Cette disposition, qui n'existait ni dans notre ancien droit, ni dans le droit romain, est très logique ; car le partage d'ascendants entre vifs constitue une véritable donation, et le partage testamentaire apporte une modification aux droits des héritiers légitimes, sinon en changeant la qualité de leur vocation, du moins en déterminant individuellement les biens qu'ils devront recueillir ; cette disposition est, en outre, très pratique, car on ne comprend pas pourquoi l'ascendant, dans cette institution, n'aurait pas besoin d'être entouré des mêmes garanties de forme que dans les donations ou les legs ordinaires, alors qu'il pourrait tout aussi bien, sous le couvert d'un partage, avantager indirectement

l'un des enfants au détriment des autres. Les formes requises pour les partages par acte entre vifs sont les suivantes : Ils doivent être passés en minute devant notaires dans la forme ordinaire des contrats. (Art. 931, C. civ.)

95. Lorsque le partage comprend des effets mobiliers corporels ou incorporels ils doivent être désignés et estimés en un état annexé à l'acte. (Art. 948, C. civ.) Le partage en pourrait toutefois être fait sans aucune formalité si on le faisait par don manuel.

La transcription est nécessaire pour rendre opposable aux tiers l'abandon des biens immeubles susceptibles d'hypothèque (art. 939, C. civ.) et elle est d'autant plus utile que l'ascendant se réservant très souvent l'usufruit des biens qu'il partage peut ainsi facilement continuer à passer aux yeux des étrangers pour le propriétaire.

96. Le partage entre vifs doit être accepté expressément et par acte authentique par les copartagés (art. 932). La notification à l'ascendant serait nécessaire si l'acceptation a été faite par un acte postérieur à la donation. Le partage formant un tout indivisible ne sera valable que par l'acceptation de tous les descendants. Mais si l'enfant qui n'a pas accepté le partage, venait à disparaître avant la mort de l'ascendant, l'acte acquerrait par sa disposition toute sa perfection, et l'intervention de tous ceux qui vivent suffirait à sa validité. Un partage entre vifs pourra être dissimulé sous la forme d'un contrat à titre onéreux puisque la jurisprudence valide la libéralité déguisée.

97. Enfin les articles 944, 945 et 946, C. civ., devront

être appliqués dans les partages faits par actes entre vifs.

Dans le partage testamentaire l'ascendant à l'option entre les trois modes de testaments reconnus par la loi : olographe, authentique, mystique. (Art. 969, C. civ.) L'acceptation des descendants n'y est nullement nécessaire, inutile toujours, elle serait même dangereuse si elle se trouvait écrite de leur propre main, dans un testament olographe où toute écriture qui n'est pas celle du testateur vicie le testament (art. 970). Un testament ne peut être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes soit au profit d'un tiers soit à titre de disposition réciproque.

98. L'ordonnance de 1735, par l'article 77 faisait exception à cette règle générale, au profit des enfants et descendants dans le partage d'ascendants. Mais l'article 1706 du Code civil l'a ramené sur ce point au droit commun pour les mêmes motifs qui ont fait établir la prohibition, notamment que l'un des testateurs pouvait ou bien, conservant la faculté de révoquer le testament après la mort de l'autre, détruire ainsi sa volonté, ou bien ne pouvant révoquer que du consentement de l'autre, être réduit à avoir fait par testament une disposition irrévocable, soit à raison du non consentement, soit à raison du prédécès de son conjoint, ce qui est inadmissible. L'ascendant n'est pas forcé de comprendre tous ses biens dans le partage, il pourra distribuer les autres au moyen de partages subséquents.

99. L'acte qui comprend le partage peut contenir en même temps toute autre disposition qu'il plaira à l'ascendant d'y introduire, par exemple une disposition

précipitaire. L'article 832, C. civ., qui dispose : « Dans la formation des lots, on doit éviter autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations, et il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur. » Est-il applicable aux partages d'ascendants, ou au contraire l'ascendant est le maître absolu, le *dominus* de son patrimoine, et il peut composer les lots à sa convenance en donnant aux uns des immeubles, et aux autres de l'argent et des meubles ? Une opinion enseigne que la loi, en conférant aux ascendants le pouvoir de faire entre leurs enfants la distribution et le partage de leurs biens, les a revêtus d'une sorte de magistrature domestique et s'est confiée à leur souveraine appréciation pour faire la meilleure et la plus intelligente répartition de leurs biens. (Réquier, p. 146; Riom, 10 mai 1851; Laurent, 15, n° 62.)

100. Une seconde opinion émise par MM. Colmet de Santerre et Lyon-Caën, distingue entre le partage par testament et le partage par donation entre vifs; elle décide que dans le partage testamentaire, œuvre de l'ascendant seul, chaque lot doit comprendre autant que possible, la même quantité d'immeubles et de meubles, conformément à l'article 832, mais que dans le partage par donation entre vifs, œuvre de la volonté commune de l'ascendant et des enfants, l'article 832 n'est pas applicable, les donataires étant liés par l'acceptation qu'ils ont faite eux-mêmes des lots composés. (C. civ., 1114, 1134; Barafort, § 1, passim.) Enfin, d'après la troisième,

le partage d'ascendants est, quant au mode de répartition des biens qui en forment l'objet, soumis, comme tout autre partage, à la règle suivant laquelle les lots doivent être composés, de manière à ce que chacun d'eux comprenne, autant que possible, la même quantité d'immeubles et de meubles de même nature, et l'acceptation par les donataires entre vifs ne couvre pas le vice résultant de l'inobservation de cette règle. (Demolombe, XXIII 201; Aubry et Rau, § 732; Cass., 11 mai 1847.) La deuxième opinion est sans contredit celle qui présente le plus de vérité, suivant les principes généraux de droit, mais les articles 826 et 832 démontrent que la dernière opinion est celle indiquée par les textes.

101. Dans le partage testamentaire l'acceptation a lieu après le décès de l'ascendant par un simple acte constatant que les enfants ont pris connaissance des dispositions de leur auteur et les trouvent bien établies. Mais lorsque l'ascendant a compris dans son partage des biens dépendant de la succession de son conjoint prédécédé ou de la communauté ayant existé entre eux, l'acceptation est indispensable à l'égard de tous les majeurs.

L'ascendant peut imposer aux descendants toutes les modalités et conditions qu'il juge convenable et ceci avec l'étendue et les restrictions que comportent les donations entre vifs et les testaments.

Le terme dans un partage testamentaire équivaldrait à la prohibition du testateur de partager sa succession pendant un certain laps de temps; dans un partage entre vifs il en retarde l'exécution.

102. Dans les partages d'ascendants entre vifs l'interdiction d'aliéner ou d'hypothéquer les biens donnés est une clause assez usitée. Quelquefois l'aliénation n'est permise que du consentement de l'ascendant durant toute sa vie. Ces interdictions qui sont permises, car elles n'ont rien de contraire à l'ordre public, ont pour but d'ordinaire ; d'assurer à l'ascendant le service de la rente ou de la pension qu'il s'est réservée ou de s'assurer le retour des biens donnés si ses enfants mouraient avant lui sans postérité.

103. Quelquefois l'ascendant déclare que celui de ses descendants qui attaquera son partage sera privé de sa part dans la quotité disponible et il l'attribue par préciput à ses autres enfants. Cette clause pénale est valable, mais seulement pour priver l'enfant qui attaque, de sa part dans la quotité disponible quand l'enfant se plaint sans motif. Mais si cette clause pénale avait pour but, dans l'intention de l'ascendant, de préserver de la nullité un partage qu'il avait fait contre la loi, la clause pénale serait-elle valable ? Certains auteurs soutiennent que la clause pénale est valable car elle constitue un droit d'option pour le descendant. L'ascendant lui laisse le choix d'accepter le partage vicieux ou d'être réduit à sa réserve.

L'article 900, C., civ. relatif aux dispositions à titre gratuit qui régit la matière n'annule que les dispositions, les conditions qui attentent à des lois auxquelles l'ordre public ne permet pas de déroger. Par conséquent toutes les fois que la clause pénale n'aura pas pour but de couvrir une nullité d'ordre public inhérente à un partage

d'ascendants, elle ne cessera pas d'être valable. Mais quelles sont les nullités d'ordre public qui peuvent atteindre le partage d'ascendant? C'est une question laissée à la décision du magistrat. Suivant les différentes espèces, nous pouvons citer comme exemple le cas où l'ascendant avait édicté une clause pénale pour couvrir une atteinte à la réserve de quelques-uns de ses descendants. Il y a une opinion tout à fait opposée à la première qui soutient que la clause pénale est nulle. Car si la loi refuse toute autorité à une disposition quelconque, elle ne peut pas en même temps valider les moyens par lesquels le disposant chercherait à en assurer l'exécution. Du reste, l'article 1227 dit que la clause pénale n'est valable que si la disposition principale l'est elle-même; mais même en admettant que ce soit l'article 900 qui soit applicable aux clauses pénales dans les partages d'ascendants, encore déclare-t-il non écrites les conditions contraires à la loi, et qu'y a-t-il de plus contraire à la loi que de vouloir, par des expédients, soustraire un partage entaché d'illégalité à l'application de la loi.

104. Les descendants donataires de la totalité des biens appartenant aux ascendants ne sont pas tenus d'acquitter les dettes existant à l'époque du partage, mais une clause expresse de l'acte peut les charger des dettes. (Colmet de Santerre, 4, 243 *bis*; Laurent, XV, 76.)

Le donateur peut faire réserve à son profit ou disposer au profit d'un tiers de la jouissance ou l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés (art. 949). Le but du partage est atteint dès que chaque enfant a son lot;

il n'est pas nécessaire qu'il en jouisse immédiatement. Mais l'usufruit doit être expressément réservé par l'ascendant et on ne peut admettre l'opinion de Duranton qui présume une réserve tacite, dans le fait du père de céder tous ses biens à ses enfants, car on ne peut supposer, dit-il, qu'il ait voulu se mettre à la disposition de ses enfants. En effet il ne peut y avoir de droit réel sans concours de consentement, et on ne peut l'exprimer que par des actions ou des paroles.

105. Souvent les époux faisant conjointement le partage de leurs biens personnels et communs, stipulent pour le survivant d'entre eux, la réserve de l'usufruit de tout ou partie des biens donnés. On avait pendant longtemps admis comme valable une pareille stipulation, la considérant comme une condition de la donation imposée par les donateurs aux donataires. Mais, en vertu de l'article 1097 du Code civil, la jurisprudence décide que la clause de réversion de l'usufruit au profit du survivant des ascendants donateurs, constitue une donation réciproque entre époux et comme telle nulle. (Cass. 26 juillet 1869, 19 janvier 1881; Aubry et Rau, § 744.) Cette clause est réputée non écrite conformément à l'article 900, C. civ., mais on ne peut aller jusqu'à décider, comme le fait la Cour d'Amiens (10 nov. 1853), que la clause de réversibilité et sa nullité entraînent la nullité du partage d'ascendants. (Laurent, XV, 324; Cass, 25 février 1878).

106. L'ascendant peut encore imposer comme charge dans son partage-donation une rente viagère que les descendants lui serviront. Cette rente peut consister en

argent ou en denrées et être stipulée non réductible au décès du prémourant des ascendants, si elle a été imposée en faveur des deux.

Enfin, suivant l'article 1048, C. civ., un ascendant peut faire au profit d'un ou de plusieurs de ses enfants des donations où des legs avec charge de conserver les biens donnés ou légués pour les rendre à tous leurs enfants nés et à naître au premier degré seulement.

CHAPITRE V

DU PARTAGE TESTAMENTAIRE

107. Le partage testamentaire est d'un usage assez rare, mais il est souvent fort utile. Il évite les frais judiciaires que rendraient indispensables l'incapacité de l'un des enfants, et prévient surtout les conflits auxquels donne naissance trop souvent l'indivision entre les frères et les sœurs les plus unis jusque-là. C'est un acte régi par l'article 895, C. civ. L'ascendant partage ses biens pour le temps où il n'existera plus. Il ne dispose pas de ses biens actuellement ni irrévocablement. Acte de dernière volonté par là même essentiellement révocable et ambulatorio, il ne produit aucun effet du vivant du testateur, et il peut par conséquent être toujours révoqué en tout ou en partie jusqu'à la mort de l'ascendant.

La révocation se fait en principe d'après le droit commun, c'est-à-dire d'après les règles de révocation des testaments. Elle peut donc, suivant les articles 1035 et suivants, être expresse ou tacite. La révocation expresse résultera d'un testament postérieur ou d'un acte devant notaire portant déclaration de changement de volonté.

108. La révocation tacite pourra résulter d'un second

testament qui, sans annuler le premier, contiendrait des dispositions incompatibles avec son existence (art. 1036). La généralité des auteurs (1) décide, se fondant sur l'article 1038, que le partage-testament serait révoqué par l'aliénation postérieure de tous les biens qu'il comprend. Mais elle décide aussi que le seul fait de l'aliénation de quelques-uns des biens qu'il avait partagé n'entraînerait pas la révocation, car d'une part l'article 1038 ne spécifierait comme cause de révocation tacite que l'aliénation totale, et limite la révocation au bien aliéné, et d'autre part la raison qui sert de révocation au partage, l'intention présumée du défunt, manquerait pour faire annuler le partage tout entier. M. Laurent est d'avis que l'article 1038 n'est pas applicable à la révocation des partages-testament. On ne révoque pas, dit-il, un partage pour partie comme on fait la révocation partielle d'un legs. Car dans un partage les divers legs forment autant de lots, et par conséquent autant de clauses d'un seul et même acte qui sont enchaînées et dépendantes les unes des autres.

109. Pour qu'il y ait révocation suivant l'article 1038, si l'ascendant aliénait tous les biens compris dans un lot, l'enfant à qui ce lot avait été attribué se trouverait sans part, et étant par conséquent omis il faudrait appliquer l'article 1078 qui annule le partage pour le tout par l'omission de l'un des enfants. Mais l'article 1038 n'étant pas applicable, il reste tout de même à examiner quel effet produiront sur le partage les aliéna-

1. Réquier; Demolombe. Ouvrages cités.

tions faites par l'ascendant. Si malgré ces aliénations l'acte est encore un partage légal, la question se réduira à une question d'intention de l'ascendant. Est-il certain que l'intention de l'ascendant est de révoquer ? Le partage tombera. Si au contraire l'acte après les aliénations ne peut plus valoir comme partage, il tombera pour le tout.

110. Quant aux changements survenus dans l'état de la valeur des biens dont les différents lots sont formés, dans l'intervalle du testament au décès de l'ascendant, ils n'entraînent ni la nullité, ni la révocation du testament du moment où ils n'entament pas la réserve, soit qu'ils proviennent du fait de l'ascendant, soit qu'ils aient pour cause le fait d'un tiers où un cas fortuit. (Demolombe, 23, p. 96 ; Aubry et Rau, § 733.) Si cependant, par suite des aliénations ou modifications, l'opération se trouve dénaturée, il appartient aux tribunaux de l'apprécier et de le déclarer. Quels effets produit à la mort de l'ascendant le partage d'ascendants ? A-t-il un caractère attributif ou doit-il être considéré comme une simple distribution de la succession légitime. Les enfants la recueillent-ils comme légataires ou comme héritiers ? Nous avons déjà examiné cette question dans laquelle la généralité de la doctrine déclare que les descendants apportionnés conservent leur vocation légitime (1).

Comme conséquences de ce principe :

111. Les descendants ne peuvent prendre les objets qui leur ont été assignés dans le partage qu'en acceptant

1. Contre Bertauld, question II, n° 131 ; Laurent, 15, p. 60.

la succession, c'est en qualité d'héritiers qu'ils les reçoivent et non pas comme légataires. Il est obligatoire pour les copartagés en ce sens qu'ils ne pourraient individuellement opter soit pour leurs droits de successibilité légale, en répudiant leurs droits de légataires, soit pour leurs droits de légataires en répudiant ceux de successibilité légale. Mais les copartagés pourraient s'accorder pour répudier l'œuvre testamentaire et s'en tenir à leur qualité d'héritiers, et une telle renonciation ne leur porterait aucun préjudice à moins que l'ascendant n'eût eu la prévoyance, de disposer pour ce cas au profit d'un étranger, de la quotité disponible.

Si le partage testamentaire contenait des dispositions précipitaires au profit de l'un des enfants, ceux-ci n'étant quant, à ces biens, que de simples légataires, pourront en demander la délivrance conformément à l'article 845, même après avoir renoncé à la succession. La capacité des enfants pour recueillir doit être celle que la loi exige dans la personne des héritiers (art. 774).

112. Ils sont en outre saisis de leur lot et n'ont pas besoin d'en demander la délivrance. La découverte postérieurement à l'acceptation de la succession, du testament-partage, ne saurait autoriser les enfants à revenir sur leur décision. Le partage n'est en effet qu'un accessoire, c'est la succession qui est l'objet direct de leur acceptation, et l'héritier ne peut jamais revenir sur cette acceptation, car l'acte découvert ne fait que substituer une part déterminée à la portion indivise qu'aurait eue chaque héritier. Si cette substitution n'eût pas été opérée par le partage testamentaire elle aurait

dû nécessairement se faire par un partage postérieur.

Du jour de l'ouverture de la succession les enfants sont tenus des dettes de l'ascendant de même manière que les héritiers. Chacun d'eux en est tenu personnellement pour sa part et portion vis-à-vis des créanciers, lors même que l'ascendant les aurait réparties d'une manière inégale entre les copartagés. Ils sont tenus *ultra vires* s'ils n'ont pas accepté sous bénéfice d'inventaire.

113. M. Laurent, fidèle à sa manière de considérer les enfants comme légataires, reconnaît que s'ils sont légataires universels ou à titre universel, ils contribueront pour payer les dettes, mais s'ils sont légataires particuliers, ils n'en seront pas tenus, et en ce cas les créanciers se feront payer sur les biens de la succession, avant la délivrance des legs, l'ascendant ne pouvant donner que ce qu'il a, et il n'a de bien que ce qui lui reste, dettes déduites.

Si l'un des enfants se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 727 il pourra être exclu comme indigne de la succession de l'ascendant. Mais jamais il ne pourra être question de révocation pour ingratitude, l'art. 1046 ne regardant que les légataires.

L'enfant condamné à une peine afflictive peut recueillir le lot qui lui a été fait par l'ascendant dans le partage testamentaire. Le partage testamentaire n'est pas révocable pour cause d'inexécution des obligations ; les copartageants ne peuvent pas poursuivre par les voies ordinaires l'exécution des conditions du partage. (Cass. 7 août 1860.)

L'héritier tient son droit de la loi, qui ne prononce

aucune déchéance contre lui pour inobservation des clauses du partage. Si l'ascendant, par une clause pénale, réduit à sa réserve l'héritier qui n'aura pas exécuté les obligations qu'il a imposées, elle peut constituer une sanction efficace. Mais quels moyens auraient les autres héritiers de poursuivre contre lui l'exécution du testament-partage quand une semblable clause n'a pas eu lieu.

D'ailleurs les enfants copartagés sont tenus réciproquement, comme héritiers, à l'obligation de garantie résultant des articles 884 et 886, C. civ., ceci est la conséquence logique et nécessaire de ce que la répartition de l'ascendant doit se faire en proportion des droits héréditaires de chaque enfant et qu'elle est reseindable pour lésion.

114. D'où il suit que les actions en paiement des soultes et en garantie, jouissent du privilège dont la loi les a munies dans l'intérêt de tous les copartageants. Le délai pour l'inscription du privilège court de la mort de l'ascendant, quand bien même le testament ne parviendrait que plus tard à la connaissance des copartagés. Cela aboutit quelquefois à la négation des privilèges, mais, comme le remarque fort judicieusement M. Lyon-Caën, cette anomalie pourrait se présenter aussi au cas où un légataire qui voudrait inscrire son privilège de séparation de patrimoines n'aurait connu le testament que plus de six mois après le décès du testateur, puisque la loi fixe expressément le délai d'inscription au moment de l'ouverture de la succession. Le testament-partage n'est pas pour l'héritier un titre d'acquisition ;

il ne trouve pas dans le partage-testament un juste titre pour prescrire pour dix ou vingt ans. Le partage d'ascendant a pour effet de substituer une portion déterminée, au droit indivis que chacun des enfants ou descendants aurait eu dans la succession. La différence entre le partage ordinaire et le partage-testament, c'est que dans celui-ci cette substitution s'opère au moment même de l'ouverture de la succession, tandis que c'est par une simple fiction qu'elle remonte à cette époque dans le partage fait entre les cohéritiers. Comme conséquence, c'est sur son lot seul, sur les objets y compris, que le droit de chaque enfant copartagé est limité et qu'à aucun moment ils n'ont été saisis de la possession des autres objets formant le lot de leurs copartagés.

115. Dans le cas où l'un des enfants décède avant le testateur, on se demande ce que devient sa part. On distingue entre le cas où le descendant est prédécédé laissant une postérité, et celui où il laisse des descendants. Dans le dernier cas, les descendants de l'enfant prédécédé viendront par représentation à la succession de l'ascendant, prenant la portion qui avait été assignée à leur auteur, dans le partage.

Mais on a soutenu qu'ils pouvaient provoquer un nouveau partage, car dans ce cas la part du prédécédé serait caduque, ses enfants n'auraient aucun droit sur les biens qui leur ont été attribués (art. 1039). Il ne pourrait de plus y avoir de représentation, car elle n'est pas admise dans les dispositions testamentaires.

Cette manière de voir qui est une conséquence de la théorie que les enfants dans un partage d'ascendants par

testament recueillent comme légataires, serait sans doute fondée si le point de départ, c'est-à-dire cette théorie même était fondée. Mais si l'on reconnaît que le partage testamentaire n'enlève pas aux héritiers leur vocation légitime, c'est à titre d'héritiers qu'ils succèdent, et par conséquent l'article 740, C. civ., sur la représentation leur est pleinement applicable. Est-ce à dire que le lot donné dans le partage-testament à l'enfant prédécédé ne devient pas caduc. Strictement il y aurait une caducité résultant de l'article 725 qui exige que, pour succéder, on existe au moment de l'ouverture de la succession. Mais de ce que la part de l'enfant est caduque à son égard, on ne peut conclure à la caducité de la disposition même, ni appliquer l'article 1078 qui est étranger à cette hypothèse, car il déclare le partage nul et non caduc dans le cas où l'ascendant aurait omis un de ses descendants. La disposition reçoit tout son effet au profit des enfants ou descendants du prédécédé que la loi appelle à sa place, et qu'elle lui substitue.

116. La cause de cette controverse étant le résultat des divers effets que produisent les legs d'une part, les successions *ab intestat* d'autre part, quand un des copartagés est prédécédé, ayant une postérité, ne se rencontre plus dans l'hypothèse où l'enfant prédécédé n'a pas de postérité. Quelle que soit la nature du droit en vertu duquel les descendants recueillent dans le partage par testament, on reconnaît que, dans ce dernier cas, la disposition faite en faveur de l'enfant prédécédé devient caduque. Cette décision est applicable aussi au cas de renonciation ou d'indignité de l'un des descendants.

Mais la disposition en sa faveur une fois déclarée caduque, on se demande ce qu'il faudra faire. Suffit-il de faire un partage supplémentaire suivant l'article 1077, dans la proportion des droits héréditaires des autres copartagés, ou faut-il procéder à un nouveau partage en remettant tous les biens dans la masse?

Dans l'opinion générale on se prononce pour le partage supplémentaire, car aucune disposition de la loi ne permet de déclarer caduque le partage tout entier, et on ne peut suppléer les causes de caducité.

117. M. Troplong se prononce lui, pour un nouveau partage. En principe dit-il la caducité d'une disposition qui serait un simple legs, ne ferait pas tomber le testament dans lequel elle se trouve, mais la disposition qui attribue un lot à un enfant n'est pas un simple legs, c'est une clause d'un acte qui distribue tout ce patrimoine, et ces clauses sont indivisibles de sorte que l'une tombant toutes les autres doivent tomber également; que les éléments sur lesquels l'ascendant a opéré ne se trouvent plus les mêmes au moment de son décès, que les termes de son acte n'ont plus d'application au présent et que dès lors il est indispensable de substituer un nouveau partage. La subdivision du prédécédé amènerait d'ailleurs des morcellements inutiles.

118. On a répondu dans le système contraire que le législateur aurait pu décider un nouveau partage, mais que l'interprète ne peut pas créer des causes de nullité ou de révocation dans le silence de la loi, que le plus souvent le copartagé prédécède assez longtemps avant le testateur pour que celui-ci retouche ses dispositions, s'il

ne l'a pas fait, on doit présumer que son intention dernière a été qu'elles fussent exécutées telles qu'il les a écrites, par les descendants qui lui ont survécu. On présume que le disposant n'a voulu comprendre qu'une partie de l'universalité des biens mais la loi l'autorise à faire un partage partiel (art. 1077).

119. Les considérations présentées par M. Troplong, n'ont du reste pas trouvées d'adhérents, et elles ne nous semblent pas non plus fondées ; car que le disposant ait eu ou n'ait pas eu le temps de retoucher ses dispositions, encore et en tout cas, la loi qui a déterminé les causes de nullité ou de rescision des partages d'ascendants, n'a pas placé parmi ces causes le prédécès de l'un des copartagés, et l'on ne peut suppléer à son silence pour quelques raisons qu'on invoquerait. La part de l'enfant prédécédé accroîtra aux autres si l'ascendant a, avant d'avoir fait le partage institué conjointement, tous ses descendants. S'il a au contraire disposé particulièrement en faveur de chaque enfant, la part caduque rentrera dans la succession *ab intestat* et conformément à l'article 1078, on fera un partage supplémentaire.

120. Nous avons parlé de la clause pénale, mais il reste une question à examiner : si une clause pénale a été adjointe à un partage testament, le descendant qui l'attaque devra-t-il être en tout cas réduit à sa réserve même si sa demande a été déclarée légitime ? Nous avons répondu nous basant sur l'article 1127 C. civ, que la clause pénale est nulle quand la disposition principale l'est elle-même.

La menace faite contre celui qui a le droit d'intenter

une action, si elle pouvait en tout cas, produire des suites supérieures en gravité, au bénéfice que l'action pourrait donner à celui qui l'intente, cette menace rendrait illusoire les prescriptions du Code qui déterminent les conditions de validité des actes et les actions données aux intéressés pour les faire respecter.

121. Si nous sommes revenu sur cette question c'est pour répondre à l'objection qu'on fait dans le système adverse et qui consiste à dire, que ce n'est pas une clause pénale que cette disposition prise par l'ascendant dans le partage-testament, mais une condition imposée par une disposition testamentaire; que l'article 1227 n'est pas applicable, et qu'il faudrait plutôt appliquer l'article 900, qui annule toute disposition conditionnelle qui est contraire à la loi, aux bonnes mœurs, ou impossible. Mais aucune de ces circonstances ne se trouve dans notre cas, la condition de ne pas attaquer un acte nul ne constituant rien d'impossible ni d'illicite. En effet, l'action en nullité est une action résultant d'un droit d'intérêt privé, or il n'y a rien d'illicite à imposer comme condition une renonciation à une action en nullité d'intérêt privé, la loi ne prescrivant pas aux parties intéressées de faire annuler l'acte irrégulier.

122 L'ascendant laisse au choix de l'enfant de se décider entre le partage tel qu'il l'a fait, ou s'il l'attaque de renoncer à sa part dans la quotité disponible; et il n'y a rien d'illicite dans une condition qui réduit un descendant à sa réserve, puisque la loi ne peut pas exiger qu'on ne puisse faire ce qu'elle permet elle-même de faire, et parce que l'enfant n'a pas à se plaindre puisqu'il a choisi

ce qu'il a voulu, dans une alternative qui lui était posée.

123. Cette objection ainsi exprimée ne manque pas de sérieux. Quoiqu'il ne soit pas exact de dire, que la disposition de l'ascendant est une condition et non pas une clause pénale, car une condition ne peut jamais être la conséquence d'une défense, et que toutes les fois que nous nous trouvons en présence d'une disposition de ce genre, qui résulte du fait d'avoir enfreint la volonté de l'ascendant, elle constitue une clause pénale. Malgré cela il faut reconnaître qu'en tant que clause, elle n'a rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, car elle ne fait que priver le descendant d'une action résultant d'un droit d'intérêt privé. Par conséquent si ces dispositions ne cachent aucune fraude à la loi qui fixe la quotité disponible, la clause pénale qui tient à en assurer le maintien, n'a rien d'illicite, mais pour que cela pût arriver il faudrait, ou bien que le partage soit maintenu comme valable ou bien qu'il soit annulé pour une cause qui n'implique rien d'illicite ou de contraire aux droits réservés par la loi aux héritiers. Mais si la nullité du partage est fondée sur un intérêt d'ordre public ou si ces dispositions dissimulent une atteinte portée à la réserve, et qu'elle soit annulée pour ce motif, par cela seul la clause pénale qui avait pour objet le maintien de cette disposition doit tomber et être déclarée nulle.

CHAPITRE VI

DU PARTAGE FAIT PAR ACTE ENTRE VIFS

124. Le caractère juridique du partage fait par acte entre vifs a donné lieu à de graves discussions. On s'est demandé et on a beaucoup discuté sur ce point : quels sont les effets qu'un partage entre vifs peut produire, et quel est le titre qu'il confère aux enfants. Dans le partage testamentaire un père, sans se dessaisir de la propriété ni de la possession de ses biens, dispose pour après sa mort de sa succession, il fait un projet qui doit être exécuté par ses enfants ; tandis que dans le partage par acte entre vifs l'ascendant fait une donation de ses biens qu'il transmet actuellement et irrévocablement à ses enfants. Est-ce alors une simple donation, que ce partage fait par acte entre vifs ?

Evidemment non. Ce n'est pas une donation en avancement d'hoirie, car il diffère de cette dernière en ce que la mort de l'ascendant ne donne pas lieu au rapport des biens qui ont été ainsi partagés, rapport qui est toujours exigible quand le donataire en avancement d'hoirie accepte la succession du donateur.

125. En effet, dans le partage par acte entre vifs, le partage est déjà fait par l'ascendant de son vivant, et il ne

peut plus être question de partager encore une fois, ces mêmes biens, à l'ouverture de sa succession; et comme les enfants, ayant reçu chacun une portion égale du patrimoine commun il n'y a plus à rétablir l'égalité entre eux, le rapport devient inutile et n'a pas de raison d'être.

126. Ce n'est pas non plus une donation avec dispense de rapport, quoique lui ressemblant en ce que ni cette dernière, ni le partage par acte entre vifs ne donnent lieu au rapport; mais il y a entre les deux cette différence profonde que la donation avec dispense de rapport ne peut dépasser la quotité disponible, alors que le partage par acte entre vifs peut comprendre au profit d'un seul enfant toute la réserve et la quotité disponible réunies.

Ce n'est donc pas une simple donation, car elle diffère et de la donation, en avancement d'hoirie, et de la donation par préciput, et que, d'autre part, l'ascendant divise les biens donnés entre ses enfants, et qu'il doit se conformer suivant l'article 1079 aux règles d'égalité fixées pour les partages ordinaires.

Mais ce n'est pas non plus malgré cela un partage ordinaire. Celui-ci est purement déclaratif, étant précédé d'une indivision de la propriété des biens entre les copartageants.

127. Le partage ne fait que désigner les biens que chacun des copartageants prendra dans la masse indivise, mais la propriété de ces biens leur était déjà acquise. Au contraire dans le partage par acte entre vifs, au moment du partage fait par l'ascendant, les descendants ne sont ni propriétaires, ni possesseurs des biens que celui-ci

leur distribue. C'est l'ascendant qui en était propriétaire au moment du partage, et c'est cet acte même qui transmet aux descendants la propriété des biens en les partageant. Il est à la fois translatif et déclaratif. Comme acte translatif de propriété c'est une donation, comme acte déclaratif de droits, c'est un partage.

128. Le partage par acte entre vifs est donc composé d'une donation et d'un partage. C'est de cette nature mixte et des effets inévitablement complexes qu'elle produit, que sont résultées les discussions, les controverses. Et d'abord, sur la question de savoir si le partage fait par acte entre vifs produit des effets comme tel du vivant de l'ascendant, et quels sont ses effets, il y a une controverse sérieuse.

129. Une première théorie développée par M. Genty dans son traité sur les partages d'ascendants, reprise ensuite par M. Demolombe en certains points, et qui a eu l'assentiment de la jurisprudence, de la Cour de cassation et des Cours d'appel(1) consiste à dire que le partage par acte entre vifs est, au moment où il est fait, une donation en avancement d'hoirie contenant le partage anticipé de la succession du donateur en faveur de ses héritiers présomptifs. Mais de ces deux caractères, il n'y a que celui de donation qui produit un effet actuel immédiat en saisissant les donataires de la propriété des biens donnés. Comme partage la disposition de l'ascendant ne produira ses effets qu'à sa mort, ne constituant actuelle-

1. Voyez aussi l'adhésion que M. Lyon Caen donne à cette théorie dans sa thèse de doctorat, p. 227.

ment qu'un partage éventuel de sa succession entre les donataires ; car pour qu'il y ait lieu à un partage de succession, il faut qu'il y ait des héritiers copartageants, et pour être héritier copartageant, il faut être héritier ; ce qui ne peut se produire qu'à la mort de celui à la succession duquel on vient. En d'autres mots, le partage entre vifs se diviserait en deux parties, dont l'une, la donation existerait actuellement et certainement, et l'autre, le partage de succession, n'existerait qu'éventuellement et pour l'avenir. Le partage entre vifs ne vaut au moment où il est fait, que comme donation, il ne revêt le caractère de partage qu'à la mort du donateur. Comme conséquences, les descendants n'ont, durant la vie du disposant que la qualité de donataires, c'est à la mort du disposant seulement qu'ils auraient le droit d'intenter les actions résultant du partage, actions en garantie et actions de nullité ; qu'ils n'auraient même pas le droit d'intenter jusqu'à ce moment les actions résultant de la qualité d'héritier, telle que l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve.

430. Suivant un autre système qui a eu l'assentiment de la jurisprudence jusqu'en 1847, et dans la doctrine, plus récemment l'appui considérable de M^e Laurent (1) le partage entre vifs comme toute disposition de cette nature produit son effet actuellement et immédiatement. Cette disposition constitue un partage actuel, de ses biens présents fait par l'ascendant entre ses descendants, [partage par lequel il se dessaisit immédiate-

1. Ouvr. cité. p. 89.

ment des biens partagés, et qui rend les descendants propriétaires incommutables de la portion qu'il leur assigne. Les descendants sont donc considérés comme des héritiers, et non pas seulement comme des donataires. Si la loi, par l'article 1075 permet aux ascendants de faire entre leurs descendants le partage et la distribution de leurs biens, et qu'il leur est permis de le faire par acte entre vifs aussi, avec les formalités conditions et règles prescrites pour les donations, de quelle autorité vient-on dire que ce partage considéré par la loi comme une donation, qui ne porte par conséquent que sur les biens présents, ne produira pas d'effet entre vifs, alors que toute donation produit immédiatement son effet et que le partage entre vifs est assimilé par la loi à une donation. Les descendants ont, suivant ce système, immédiatement les actions en garantie et en paiement de sa soulte, et aussi toutes les actions qu'ils pourraient exercer à l'ouverture de la succession, telle l'action en rescision pour lésion du plus du quart, et l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve. Il n'y a qu'une seule action qui ne puisse être inventée immédiatement, c'est celle prévue par l'article 1078, car il l'accorde pour omission d'un descendant existant au moment du décès de l'ascendant, et par conséquent elle ne peut être intentée du vivant de celui-ci.

131. Un troisième système qui, à quelques divergences près sur la base de l'indivision qui préexiste au partage, est soutenu par une nombreuse partie de la doctrine (1)

1. M. Réquier, p. 416; M. Colmet de Santerre, IV, 243 *bis*; Bonnet, p. 416.

reconnaît dans le partage fait par acte entre vifs, sinon un partage de présuccession du moins un partage immédiat.

132. Les descendants ne sont pas héritiers, mais ils sont donataires copartagés même avant le décès de l'ascendant. Il y aura donc entre eux et du jour du partage fait par acte entre vifs, les relations qui résultent d'un partage ordinaire. Il ne sont pas donataires de choses spécialement déterminées, la donation qui leur a été faite a pour objet une masse commune, et l'ascendant a déclaré faire un partage des biens donnés; d'où il suit que les enfants sont des copartagés, car le partage est inséparable de la donation.

En conséquence, toute action qui implique la qualité d'héritier sera refusée dans ce système aux descendants, du vivant de l'ascendant; au contraire, celles qui naissent du partage, comme l'action en rescision pour lésion de plus du quart, et l'action en garantie, leur seront accordées immédiatement.

133. Tous les auteurs qui soutiennent ce système sont d'accord jusqu'en ce point. Où les divergences commencent, c'est quand il s'agit de savoir quelle est la source de l'indivision qui autorise le partage à produire ses effets du vivant de l'ascendant. Suivant M. Colmet de Santerre la source de l'indivision serait dans l'acte même de donation en masse, des biens en faveur de tous les descendants; ils sont dès ce moment donataires par indivis, puis immédiatement l'ascendant fait cesser l'indivision en partageant les biens donnés en masse (1).

1. Baudry Lacantinerie. V. 2 p. 498.

M. Réquier trouve au contraire la source de l'indivision, dans la tradition romaine passée dans l'ancienne démission de biens dans laquelle des enfants étaient considérés comme copropriétaires du patrimoine paternel.

134. D'où il résulte de nombreuses contradictions et divergences dans l'application de la doctrine.

MM. Aubry et Rau (1) soutiennent, que l'action en rescision pour lésion n'est accordée à l'enfant qu'en qualité d'héritier, et qu'il ne l'aura pas tant qu'il ne l'a pas revêtue; il n'a jusqu'alors pas de droit à l'égalité, car il tient les biens par la libéralité de l'ascendant. M. Colmet de Santerre accorde toutes les actions résultant du partage du vivant de l'ascendant. M. Réquier ne donne le droit d'exercer l'action en rescision pour lésion, qu'à la mort de l'ascendant, mais il la déclare née du jour de la donation.

135. Enfin suivant un dernier système, les descendants pourraient intenter du vivant de l'ascendant les actions qui tendent à demander le maintien de la donation, telle que l'action en garantie, ou en paiement de soulte, tandis qu'ils ne pourraient qu'à l'ouverture de la succession intenter celles qui demandent la nullité, ou la rescision, ou la réduction de la donation.

Examinons successivement chacun de ces quatre systèmes.

Le premier, qui décide que le partage entre vifs ne confère à l'enfant aucune action, qu'à la mort de l'ascendant, sans distinction entre l'action en réduction

1. V. 5, p. 432.

et l'action en rescision, a été fortement combattu et ébranlé par M. Réquier, et M. Laurent.

Est-il possible de voir dans un acte accepté, complètement et irrévocablement exécuté, une disposition future et éventuelle ?

136. Une disposition de ce genre pourrait être faite par testament, et non pas par une donation entre vifs, qui est actuelle, définitive et irrévocable. On ne doit pas considérer le partage entre vifs comme une simple donation en avancement d'hoirie. Il y a dans cet acte en même temps qu'une donation, un partage actuel et définitif des biens donnés, avec l'attribution immédiate des lots aux copartagés ; et la preuve que ce partage a des effets actuels et définitifs, c'est que l'article 1077 décide que si l'ascendant laisse à son décès d'autres biens que ceux qu'il a partagés de son vivant, ces biens, et ces biens seuls, seront partagés entre les héritiers à sa mort ; mais ce qui prouve d'une manière encore plus évidente que le partage entre vifs, ne peut pas être considéré comme un partage éventuel de succession future, c'est le simple rapprochement suivant que fait M. Réquier.

137. Si un père de famille consent une donation en masse de ses biens présents, à ses enfants, pour qu'ils soient partagés entre eux par portion égale, et que les enfants procèdent eux-mêmes de suite au partage, on ne pourrait pas prétendre que ce partage a un caractère éventuel et qu'il ne produira ses effets qu'à la mort de l'ascendant sous le prétexte que l'ascendant n'a donné ses biens qu'en vue de sa succession future, et pour qu'ils fussent partagés entre ses héritiers présomptifs.

Mais si cela est, n'est-ce pas tout aussi étrange de prétendre, que si ce ne sont pas les enfants eux-mêmes qui ont procédé au partage, et qu'il a été fait par l'ascendant entre les codonataires, ce partage ne peut plus présenter que le caractère éventuel d'un partage de succession, alors qu'il n'y a aucune différence, de par les conséquences entre les deux cas présentés ?

138. Les copartagés sont, dans un cas comme dans l'autre, devenus à l'instant même propriétaires incommutables des objets attribués à chacun d'eux, et alors sur quoi se base-t-on pour établir des distinctions subtiles et arbitraires entre les deux cas ? Comment, le partage des mêmes biens, donnés par la même personne, et en la même forme, serait un partage actuel, si les biens sont partagés entre eux par les codonataires, et ne serait plus qu'un partage éventuel de succession, quand il a été fait par l'ascendant et accepté par les descendants ?

Le partage entre vifs n'est ni un partage ni une donation simplement, c'est tout ensemble et immédiatement un partage entre vifs de biens présents fait dans la forme des donations et produisant ses effets du jour de sa date. En deux mots, la loi dans le partage entre vifs a eu pour but de distribuer les biens de l'ascendant entre ses enfants ; comment cet acte peut-il être scindé ainsi, sans violer la loi qui veut qu'on y voit un partage entre vifs de biens présents, produisant ses effets de suite ?

139. On dit qu'il résulte des articles consacrés au partage entre vifs, que toute action que les enfants pourraient avoir à exercer contre ce partage, sont renvoyées

à la mort de l'ascendant, ce qui implique que du vivant de l'ascendant le partage ne peut pas produire d'effets. Ainsi l'article 1078 dit, que c'est à l'époque du décès qu'il faut se référer pour voir si le partage a été fait entre tous les enfants et descendants; que l'article 1079, quoique n'établissant pas spécialement la date de la mort de l'ascendant comme point de départ de l'action en rescision pour lésion de plus du quart la sous-entend, car l'article 1079 se lie à l'article 1078. Si donc le descendant quand il est omis ne peut attaquer le partage qu'à la mort de l'ascendant, il ne peut pas à plus forte raison attaquer du vivant de l'ascendant le partage pour lésion de plus du quart, par conséquent tant que l'ascendant existe la donation de ces biens ne constitue pas le partage de sa succession. Cette objection nous semble spécieuse. L'article 1078 dit que le partage sera nul pour le tout, s'il n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès de l'ascendant.

140. Mais, en disant cela, il n'exclut pas le droit pour l'enfant omis d'attaquer le partage, il le remet à l'époque de la mort de l'ascendant, car c'est à cette époque seulement qu'on pourra savoir exactement le nombre des descendants.

Du fait que la loi remet cette seule action à l'ouverture de la succession, on ne peut pas déduire que les autres actions doivent aussi partir de cette époque; car les raisons ne sont pas les mêmes, et qu'on ne peut pas sous-entendre ce qui, étant admis, contredirait les principes mêmes d'une institution. Il nous semble que ce système pêche en ce qu'il ne tient compte ni de la vo-

lonté de la loi, ni de celle du disposant. Si ce dernier avait voulu faire produire à son acte le simple effet d'une donation, il n'aurait pas fait un partage entre vifs, et si le partage entre vifs ne constituait comme on le prétend qu'un partage éventuel de succession future, et s'il ne produisait ses effets qu'au décès de l'ascendant, quelle différence aurait-il d'avec le partage testamentaire qui lui aussi laisse les héritiers exposés à toutes les difficultés qui surgissent de son exécution? Pourquoi le législateur aurait-il institué le partage entre vifs si ce n'est pour lui faire produire des effets autres que ceux des donations?

141. Contre le second système qui considère le partage entre vifs comme l'ouverture anticipée de la succession de l'ascendant quant aux biens donnés, et lui fait produire immédiatement tous ses effets, on objecte qu'il est manifestement contraire à la maxime : *nulla viventis hæreditas* (art. 718); que si le législateur avait voulu déroger à cette règle il aurait exigé, le partage étant l'ouverture anticipée de la succession, que les héritiers fussent compris tous dans cette première distribution comme il l'exige à peine de nullité à l'époque de la mort du disposant. La succession ne s'ouvre que par la mort et l'on ne peut pas attribuer à quelqu'un deux ou plusieurs successions, comme cela se produit dans la doctrine qu'on combat.

142. Il ne peut pas y avoir succession partagée, sans qu'il y ait succession, et on ne peut pas être héritier copartagé avant d'être héritier : *Prius est esse quam esse tale*. On ne peut être héritier que d'une personne défunte;

c'est donc seulement à la mort de l'ascendant, qu'il peut y avoir lieu à partage, M. Laurent répond à ceci que c'est trop prétendre que de dire que le partage est impossible tant que l'ascendant vit. Car cette disposition serait basée sur les articles du code, mais si le code lui-même, donne à l'ascendant le droit de partager ses biens entre vifs, c'est qu'il entend autoriser exceptionnellement ce genre de disposition, et n'est-il pas curieux de voir traiter d'impossible par les interprètes ce que le législateur autorise? Si cette disposition contient quelque chose de contraire à la réalité, on peut dire que c'est une fiction.

143. Mais le législateur est en droit d'en établir. En réalité il n'y a pas de succession d'un homme vivant, sans aucun doute; mais si le législateur permet à l'ascendant de faire le partage entre vifs de ces biens entre ses enfants, c'est qu'il considère comme fictivement la succession ouverte, car on ne peut partager ce qui n'existe pas; que cette fiction constitue une dérogation importante aux règles du droit commun cela ne peut se nier, mais cette dérogation existe et des considérations d'ordre moral et économique que nous avons examinées la justifient suffisamment. Si le législateur n'avait entendu permettre à l'ascendant que de faire une simple donation ou un simple partage, il n'aurait pas fait l'institution complexe du partage d'ascendant qui, par le fait même qu'elle a été créée, prouve que le législateur a voulu faire par elle ce qu'il était impossible de faire si cette disposition spéciale n'existait pas, suivant le droit commun; car si cela avait été possible d'une autre ma-

nière, qu'aurait-on eu besoin de sanctionner ce droit par une disposition nouvelle. Le partage d'ascendant n'est pas, comme on le prétend, une simple donation en avancement d'hoirie, car le père ne fait pas que donner, il ne donne que pour partager; mais comme il partage dans la forme de la donation, le partage et la donation qu'il implique sont irrévocables. Donc, à la mort de l'ascendant, et s'il n'y avait pas d'autres biens, il n'y aurait plus de succession, par conséquent plus de partage. Comment peut-on prétendre alors que cela constitue un avancement d'hoirie, qui ajourne tout à la mort du donateur, quand le caractère essentiel du partage-donation est qu'il se produit entre vifs par des actes irrévocables, et que, par conséquent, il doit produire des effets immédiatement ?

144. Du reste les opinions contraires sont forcées de se contredire, notamment quand, pour expliquer la répartition entre les descendants, des biens de l'ascendant, ils doivent reconnaître l'existence de choses communes donnant lieu à un partage, qui ne produirait pas les effets d'un partage ordinaire. Mais s'il y a des choses communes entre enfants, quelles peuvent en être les sources, sinon une succession ouverte par anticipation ? Et, pour mettre fin à l'indivision, ne faut-il pas un partage ? De sorte que pour pouvoir sortir de toutes les impossibilités juridiques qu'on est forcé d'accumuler dans les opinions adverses, il faut reconnaître qu'il y a une fiction dans la loi qui considère la succession comme ouverte, et, ceci étant admis, le point de départ et toutes les conséquences du système doivent être admises. Le

troisième système qui considère les enfants du vivant de l'ascendant, comme des donataires copartagés en ne leur accordant pas, durant cette époque, les actions résultant de la qualité d'héritiers, implique, il nous semble, contradiction. En faisant un partage entre vifs, s'il a fait un partage en même temps qu'une donation, l'ascendant l'a fait en vue de sa succession future entre ses héritiers présomptifs; et, ceci étant, peut-on considérer sans inconséquence comme des copartagés du vivant de l'ascendant, ceux qu'on se refuse à considérer comme des héritiers? Pour être copartagé dans une succession ou dans un acte impliquant l'idée de succession, il faut être d'abord héritier, avant d'être héritier copartagé.

145. Car, par exemple, le droit à l'égalité des lots n'est-il pas un droit héréditaire? Quel serait le droit sur lequel se fonderait l'un des enfants pour prétendre à l'égalité, du vivant de l'ascendant qui ne leur doit rien tant qu'il existe. Il était libre de ne rien donner, il l'est par conséquent de donner comme il le veut, à moins qu'on ne reconnaisse que les descendants ont un droit qui ne peut être, ainsi que nous l'avons vu, que celui d'héritier, et alors pourquoi leur refuser les actions résultant de cette qualité? D'une façon comme d'une autre, ce système ne peut aboutir qu'à une contradiction.

146. Le quatrième système serait fondé en raison si on pouvait trouver quelque part dans la loi une distinction entre ces deux catégories d'actions, les unes qui auraient pour but le maintien de la donation et qu'on pourrait intenter du vivant du disposant, et les autres

qui tendent à demander la nullité ou la rescision et qu'on ne pourrait intenter qu'à la mort du disposant. Mais cette distinction nous semble purement arbitraire car rien ne l'autorise et le système n'est pas admissible. Quant à nous la manière de voir de M. Laurent nous semble à la fois la plus conforme aux prescriptions de la loi, dans la matière des partages d'ascendants, et celle qui ne donne lieu à aucune contradiction dans ses conséquences.

147. Cette question étant examinée, nousde vonsnous occuper maintenant des effets que produit le partage fait par acte entre vifs, et ceci à deux époques distinctes pendant la vie, et après la mort de l'ascendant.

Durant la première de ses deux périodes il faut envisager les effets ; 1° entre l'ascendant et les enfants 2° entre l'ascendant et les tiers ; 3° entre les descendants, 4° Entre les descendants et les tiers.

1° Entre l'ascendant et les descendants le partage entre vifs constitue une donation. Car toute libéralité entre vifs est une donation. Il transporte donc sur la tête des descendants actuellement et irrévocablement la propriété des biens que l'ascendant leur distribue ; ils acquièrent la propriété dès que la donation est parfaite.

148. En conséquence, le partage entre vifs est comme toute donation sujet à nullité pour dol, violence ou incapacité, et aussi pour l'inobservation des règles spéciales aux donations.

Le partage entre vifs pourra en outre être révoqué pour ingratitude, pour inexécution des charges et pour

survenance d'enfants; sur cette dernière cause de révocation il semble que l'application de l'article 960 soit impossible; puisque cet article est établi pour le cas de survenance d'enfant après donation faite en faveur d'étrangers, et que le partage entre vifs doit être fait entre les enfants. Est-ce à dire qu'en ce cas il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 960 mais l'article 1078 qui déclare le partage nul quand l'un des descendants a été omis. C'est l'opinion de M. Laurent (1). Il y a entre la révocation établie par l'article 960 et la nullité basée sur l'article 1078 cette différence importante, que la première a lieu de plein droit et qu'elle anéantit immédiatement le partage fait par donation, tandis que la seconde n'a lieu qu'à la mort de l'ascendant si l'enfant omis lui a survécu. Il n'est pas moins vrai que l'hypothèse de survenance d'enfant n'est guère possible à admettre dans un partage par acte entre vifs fait par l'ascendant entre ses enfants, à moins qu'on n'admette que la présence d'un enfant adoptif ne constitue pas un obstacle à la révocation pour survenance d'enfant, et qu'on suppose le cas où après avoir partagé entre vifs ses biens entre ses enfants adoptifs il survient à l'ascendant un enfant légitime ou un enfant naturel qu'il légitimerait.

149. Cette révocation peut être soit demandée contre tous les enfants ou plusieurs d'entre eux, soit contre un seul si les autres ont satisfait à leurs obligations. Dans le premier cas le partage entre vifs est anéanti complètement, dans le second il reste valable comme donation

1. V. 15 p. 82

en ce qui concerne les donataires qui ont satisfait à leurs obligations.

150. L'ascendant seul a l'action en nullité ou en révocation, car ce n'est que lui qui peut avoir intérêt à demander l'annulation ou la révocation du partage qu'il a fait par acte entre vifs. Mais il ne peut aussi demander que la révocation ou la nullité de la donation considérée comme telle, car c'est contre elle seule que la loi reconnaît une action résolutoire qualifiée d'action en révocation; et non pas aussi de l'acte considéré comme partage, puisque cette opération ne revêt jamais à son égard ce caractère. Il y a cependant certains cas où l'application de ce principe paraît difficile. Quand deux époux mariés sous le régime dotal font le partage de leurs biens entre leurs enfants, et que la femme fait prononcer la nullité de la donation en invoquant le principe de l'inaliénabilité dotale, on se demande si le mari peut faire prononcer la nullité de sa donation. Certains auteurs soutiennent que le mari n'aurait pas de qualité pour la faire prononcer, car en ce qui le concerne il pouvait disposer de ses biens au profit de ses enfants conformément à l'article 1075, et que pour ses biens le partage était valable. C'est l'opinion de M. Genty qui voit dans la donation du mari une donation irrévocable en ce qui le concerne, quoiqu'il reconnaisse que la révocation de la femme entraîne la nullité du partage.

151. Cette manière de voir est combattue par d'autres auteurs pour les considérations suivantes : Le but principal de l'ascendant dans un partage entre vifs étant de partager sa succession entre ses héritiers présomptifs,

et non pas de faire une simple donation, la disposition de chacun des ascendants doit être considérée comme étant la condition de la disposition faite par l'autre, de sorte que l'incapacité de la femme donnant lieu à la nullité de la donation qu'elle a consentie, le mari peut demander la révocation de la sienne, qui dans son intention n'avait été faite que pour être maintenue si celle de sa femme le serait. (Demolombe, p. 130; Réquier, p. 129). Un second cas c'est celui d'une femme dotale qui, dans le partage qu'elle fait de ses biens entre ses enfants comprend des biens dotaux inaliénables. La révocation qui a lieu sans aucun doute quant à ces derniers biens peut-elle être étendue aux autres, et permettre à la femme de demander l'annulation en entier du partage?

152. Suivant M. Genty elle ne pourrait demander la révocation que quant aux biens inaliénables, la donation faite des autres biens qui, eux, sont aliénables, devant produire tout son effet. L'action en nullité du partage ayant été créée dans l'intérêt des copartagés ne pourra être soutenue que par ceux-ci.

On répond à ceci que l'ascendant ayant voulu faire plutôt le partage de ses biens qu'une libéralité simple, ce serait contredire à son intention que de l'empêcher de faire annuler complètement une disposition nulle pour partie à cause de l'inaliénabilité des biens. (Réquier, n° 84; Demolombe, p. 130.)

2° Entre l'ascendant et les tiers le partage entre vifs produit les effets d'une donation.

153. A l'égard des tiers l'ascendant se dessaisit actuelle-

ment et irrévocablement, et ce dessaisissement est opposable aux créanciers pourvu que les conditions de publicité requises par la loi soient remplies (art. 942, 948, 939).

154. Mais les créanciers du donateur peuvent, même quand la donation a été faite conformément à la loi, en ce qui les concerne, attaquer le partage en vertu de l'article 1167 par l'action paulienne, comme fait en fraude de leurs droits, sans qu'ils soient obligés de prouver la complicité des enfants à la fraude commise à leur détriment. (Aubry, 5; Rau 2, 6, p. 216; Regnier, p. 130.)

Les biens étant sortis à l'égard des tiers du patrimoine de l'ascendant, ils ne feront pas partie de sa succession, et ses créanciers ne pourront avoir droit que si les descendants ont accepté purement et simplement.

De même les legs faits par l'ascendant ne pourront pas recevoir leur exécution sur les biens compris dans le partage entre vifs.

On se demande cependant si ces biens ne doivent pas être réunis fictivement à la masse conformément à l'article 922 pour le calcul de la quotité disponible, si, en d'autres mots, le fait de l'ascendant d'avoir partagé entre vifs une partie de ses biens a pour effet, en amoindrisant la masse sur laquelle se calcule la quotité disponible, de diminuer cette quotité.

155. De quelque façon qu'on considère le partage fait par acte entre vifs, il n'est pas facile de comprendre comment on pourrait soutenir que les biens qui y sont compris ne doivent pas être réunis même fictivement à la masse pour le calcul de la quotité disponible. Que cette

disposition entraîne un dessaisissement immédiat et irrévocable, et que quant aux biens qui y sont compris, l'ascendant ne puisse pas en faire une nouvelle disposition c'est admissible, mais ceci étant, rien n'empêche que ses biens soient réunis fictivement à la masse pour le calcul de la quotité disponible, car de quelque façon qu'on caractérise la disposition de l'ascendant, il n'en est pas moins constant que les biens y compris sont sortis du patrimoine de l'ascendant, et, comme tels, comme du reste toute donation sans aucune exception, même celles qui ont été faites à des étrangers, ils doivent être réunis fictivement à la masse partageable lors du décès de l'ascendant pour le calcul de la quotité disponible. On n'atteint en rien les droits des descendants copartagés par cette réunion fictive, et rien n'autorise non plus à donner à la disposition de l'ascendant un caractère que n'a aucune donation.

156. La jurisprudence de la Cour de Cassation des années 1845 jusqu'en 1956, ainsi que M. Troplong (*Donations*, n° 914), soutiennent que la réunion même fictive des biens partagés entre vifs, ne doit pas avoir lieu pour le calcul de la quotité disponible. Les biens compris dans le partage d'ascendant entre vifs sont séparés du patrimoine de l'ascendant et ne peuvent être ni réellement ni fictivement compris dans sa succession qui ne se compose que des biens non compris dans le partage, ou de ceux qu'il a acquis postérieurement. Le partage entre vifs constitue une ouverture anticipée de la succession de l'ascendant, qui ne doit pas être confondue, pour le calcul de la quotité disponible avec la succes-

sion de l'ascendant en ce qui concerne ses biens non partagés, ou nouvellement acquis. Pour chaque succession il y a une quotité disponible spéciale.

157. Cette opinion repose, nous semble-t-il, sur une confusion.

En quoi atteint-on l'irrévocabilité du partage, en admettant la réunion fictive à la masse partageable des biens partagés, réunion qui sert à calculer la quotité disponible?

Où voit-on qu'il soit ici question de révocabilité ou d'irrévocabilité?

158. L'article 922, C. civ., soumet au rapport fictif, toute disposition à titre gratuit faite par acte entre vifs, et cependant personne n'a songé à dire que cela portait atteinte à leur irrévocabilité. L'opinion que nous combattons confond le rapport fictif, que nous admettons dans le partage entre vifs, avec le rapport réel. Il y a cependant entre ces deux espèces d'actes des différences absolument essentielles. Le rapport fictif est seulement un moyen de faire une opération, celle nécessaire pour établir sur un patrimoine quelle est la partie des biens réservée aux descendants, et quelle est la quotité disponible. Il n'a pas l'effet qu'a le rapport réel dans les donations simples ou en avancement d'hoirie, quand le donataire vient à la succession du donateur, d'anéantir la donation, et de faire rentrer dans la masse partageable les biens donnés. Il n'atteint en rien les droits des enfants copartagés, et ces libéralités ne figurent dans cette opération que pour témoigner de leur existence afin que, additionnées aux libéralités postérieures de l'ascen-

dant on calcule s'il n'a pas dépassé la quotité disponible.

D'ailleurs les résultats donnés par l'application de la doctrine que nous combattons seraient inadmissibles. Elle aboutit à réduire à des proportions minimales la quotité disponible fixée par l'article 913; car si un ascendant partage entre vifs tout ce qu'il avait entre ses trois enfants par exemple 30.000 francs, et qu'à sa mort il laisse encore 10.000 francs dont il dispose en faveur d'un de ses enfants, d'après la doctrine que nous combattons la quotité disponible ne devant être calculée que sur ces derniers biens sans faire entrer fictivement dans la masse partageable les biens donnés entre vifs, elle ne sera que de 2.500 francs, ce qui la réduirait au quatrième de la quatrième partie, et ceci en opposition avec l'article 913.

159. La loi n'a pas pu, en instituant le partage entre vifs, vouloir porter atteinte au droit qu'a l'ascendant de disposer comme bon lui semble, dans les limites fixées par la loi, de ses biens.

Toutes les fois, que par n'importe lequel acte et de n'importe quelle façon, chacun des enfants a recueilli dans la succession de l'ascendant la part qui lui est réservée par la loi, toutes les fois, le vœu de la loi est rempli car, en déterminant et la quotité disponible et la réserve, elle a eu uniquement pour but d'assurer aux enfants une partie du patrimoine de l'ascendant.

160. Que les dispositions faites en leur faveur le soient par acte entre vifs ou de dernière volonté, ils ne peuvent pas se plaindre, dès que ce qu'ils ont reçu les a remplis de leur réserve.

Or, ce qu'on prétend dans l'opinion adverse n'a nullement pour but de conserver intacte la réserve, car elle est entièrement garantie dans notre manière de voir, mais elle aboutit au contraire à empêcher l'ascendant de disposer de sa quotité disponible, en la restreignant à des proportions minimales, et en faisant cela, elle contredit et viole l'article 913.

161. En résumé, comme le dit fort bien M. Réquier (page 136), « toute cette argumentation est une confusion manifeste entre le rapport réel qui a pour effet de résoudre la donation, et la réunion fictive dont parle l'article 922, simple opération de calcul purement intellectuelle, qui ne porte aucune atteinte au droit de propriété incommutable dont le donataire a été investi. »

162. On insiste cependant et on dit que, comme dans les dispositions spéciales aux partages d'ascendants, il n'y a pas un article analogue à l'article 922 en matière de donation qui décrète le rapport fictif, cette disposition est spéciale aux donations. Il est à peine besoin d'insister pour prouver que cette argumentation n'est pas sérieuse. Le partage entre vifs est, en même temps qu'une donation, un partage, mais cela ne l'empêche pas d'être essentiellement et nécessairement une donation. Or l'article 1076 soumet les partages entre vifs aux conditions, formalités et règles des donations, par conséquent aussi à la règle prescrite par l'article 922, et comme il n'y a d'exception au droit commun que celles établies par une disposition formelle, le partage entre vifs ne peut être affranchi de la règle de droit commun. (Voyez en ce sens Aubry et Rau, § 684 n^{os} 18 et 20; Lyon-Caën, Th.

p. 242; Demolombe, t. VI n° 131, Cass. 14 mars 1866; Paris, 15 mars 1873.)

163. On ne pourrait, en invoquant l'article 918, décider qu'il n'y aurait pas lieu de réunir fictivement les biens à la masse, même quand l'ascendant se serait réservé par l'acte de partage l'usufruit des biens dont il se dessaisissait, ou aurait stipulé une rente viagère. La disposition de l'article 918 est inapplicable aux partages entre vifs; elle est basée sur la présomption que fait naître le consentement donné par tous les successibles à l'aliénation avec réserve d'usufruit ou à charge de rente viagère faite par le père, que cette aliénation est réellement faite à titre onéreux. Or il n'y a pas de doute que le partage entre vifs ne soit une libéralité, et le concours de tous les enfants au partage ne saurait faire présumer le contraire.

3° Rapport des descendants entre eux.

Entre les descendants le partage entre vifs produit les effets d'un partage; mais ses effets sont complètement différents, selon le caractère attribué aux partages entre vifs. Il est évident que, dans l'opinion de ceux qui ne considèrent le partage entre vifs que comme une simple donation jusqu'à la mort de l'ascendant, les effets en tant que partage, sont suspendus jusqu'à cette époque.

164. Au contraire dans l'opinion de ceux qui voient dans le partage entre vifs en même temps qu'une donation un partage actuel de succession, les enfants auraient immédiatement toutes les actions, celle pour atteinte à la réserve comme celle en rescision pour lésion de plus du quart.

On discute beaucoup sur la question de savoir si les enfants auront du vivant de l'ascendant l'action en garantie, ou en paiement de soulte. Dans l'opinion qui enseigne que le partage d'ascendant ne produit pas les effets d'un partage, on ne devrait pas, pour être conséquent, accorder aux enfants le privilège que la loi assure aux copartageants pour la garantie des soultes, ni la garantie. La plupart cependant des auteurs sont obligés de commettre cette inconséquence pour ne pas arriver à consacrer ce que M. Laurent, taxe d'impossibilité juridique s'il en fût jamais, et qui consiste à dire que les enfants ne sont pas copartageants quand c'est à titre de partage qu'ils recueillent les biens. Il en est cependant qui soutiennent que le partage entre vifs ne donne pas lieu à l'action en garantie ni au privilège.

165. Les donataires, dit-on, n'ont pas l'action en garantie, et jusqu'à la mort de l'ascendant les enfants ne que sont donataires. Quel serait le fondement de l'action en garantie dans le partage entre vifs qui n'établit aucune communauté, aucune indivision entre les descendants alors que toute garantie a pour base, qu'il y a eu entre les communistes, aliénation, vente ou échange. Si chacun pour acquérir sa part est censé aliéner une part proportionnelle à celle qu'il reçoit, il est juste de lui accorder droit à garantie comme à l'acheteur et à l'échangiste. Mais quand les biens ont passé directement des mains de l'ascendant donateur, dans celles des descendants, il ne peut y avoir fondement de garantie. Celui qui n'a rien transmis n'a rien à garantir (1). Pour répondre à

1. Genty, p. 247; Morisson de la Bassetière, p. 250.

ceci, nous n'avons qu'à examiner le caractère que le Code donne au partage et le fondement de la garantie. On pouvait, dans le droit romain où le partage était un acte translatif de propriété, considérer la garantie comme une conséquence de la vente ou de l'échange qui s'opérait entre les cohéritiers; mais comment lui donner un tel fondement dans le droit actuel où le partage est considéré comme déclaratif de propriété, où, par conséquent il n'y a entre les communistes ni échange ni aliénation. Ce qui donne donc lieu à la garantie dans le partage ordinaire, ce n'est pas un caractère qu'il n'a pas dans le droit moderne, mais comme le dit Pothier, l'égalité qui doit être entre les cohéritiers qui partagent une même succession. C'est de cette égalité qui doit exister, que naît pour chacun des copartageants l'obligation de se garantir les uns envers les autres, la libre possession des objets qui étoient dans le lot de chacun, car il est évident que cette égalité serait blessée si l'un des cohéritiers souffrait l'éviction d'effets échus dans son lot, et qu'il ne fût pas récompensé de cette perte par ses cohéritiers, puisqu'il se trouverait avoir une portion dans la succession moindre que la leur. Et, ceci étant, c'est-à-dire que c'est l'égalité entre les copartageants qui donne lieu à la garantie, où prend-on qu'il y a différence sur ce point entre le partage d'ascendant et les partages ordinaires, l'égalité ne doit-elle pas aussi régner dans les partages d'ascendants? Que reste-t-il donc de l'opinion qui ne donne pas aux enfants l'action en garantie? Prétendre que les enfants ne sont que donataires du vivant de l'ascendant alors que la loi les déclare dès

cette époque par fiction héritiers, ce n'est pas le prouver. C'est tout au plus contredire manifestement la loi qui dit qu'il y a partaga, car il ne peut y avoir partage sans au moins fiction d'hérédité.

166. Il faut dire la même chose en ce qui concerne le privilège accordé par la loi aux copartageants pour la garantie des soultes ou retours de lots.

Comment admettre l'opinion qui n'accorde aux enfants qu'une action personnelle comme aux simples donataires, quand c'est à titre de partage qu'ils recueillent?

Voilà donc un partage où il n'y aurait pas de copartageants, mais seulement des donataires. Ceci est inadmissible ; on a cru pouvoir remédier à cela dans l'opinion que nous combattons, en permettant à l'ascendant d'imposer, ou aux descendants destipuler, dans le partage entre vifs, la garantie et le privilège. (Genty, p. 187.)

Le remède vaut encore moins que l'opinion qu'on prétend consolider. N'est-ce pas absolument antijuridique d'admettre un privilège créé par convention, quand la loi seule peut donner naissance au privilège?

Les autres auteurs qui soutiennent la même opinion, sont en désaccord sur les conséquences. Les uns admettent le privilège de soulte, mais refusent l'action en garantie, d'autres reconnaissent que le privilège ne pourra pas être accordé par convention, mais admettent une convention qui donnerait un résultat analogue à la garantie du partage.

167. Une chose est apparente, c'est que dans cette opinion on est forcé de chercher des palliatifs pour essayer d'obvier aux conséquences inadmissibles qui en résultent.

Pour établir que l'action en garantie, et le privilège pour la garantie des soultes, doivent être admis du vivant de l'ascendant, nous n'avons dans notre opinion qu'à rappeler que le partage entre vifs est entre les enfants un véritable partage qui produit actuellement tous ses effets, et par conséquent toutes les actions et les privilèges accordés par la loi.

168. Mais, excepté cela pour le privilège de soultte, si on le refusait pendant la vie de l'ascendant, il faudrait reconnaître une créance de soultte actuelle naissant du vivant de l'ascendant, et un privilège de cette créance qui naîtrait seulement après la mort. Ce qui est inadmissible.

Il serait tout aussi impossible d'admettre que l'inscription d'un privilège qui doit produire un droit de préférence au moment de l'acte, puisse n'être prise qu'après le décès de l'ascendant, et c'est ce qu'on doit cependant décider dans l'opinion adverse. Et alors il faudrait, admettre que l'inscription rétroagit, ou inutiliser le droit de préférence ce qui est tout aussi impossible l'un que l'autre.

Sur l'action en résolution du partage pour cause d'inexécution des conditions tous les auteurs sont d'accord pour la refuser aux descendants.

169. Quel serait en effet le fondement de cette action ? Les enfants étant censés ne s'être réciproquement rien transmis, ne peuvent pas demander la résolution pour inexécution de conditions qu'ils ne peuvent avoir imposées.

Mais on pourrait objecter que le partage entre vifs étant un contrat synallagmatique, les donataires de-

vraient pouvoir invoquer la condition résolutoire de l'article 1184.

Il y a à répondre que l'article 883 n'établit pas, pour le partage, les règles de l'article 1184; en ce que le partage quoique conventionnel ne peut pas être soumis à la condition résolutoire tacite.

170. L'opinion qui croit que l'action en révocation pour inexécution des conditions passe du père aux enfants, en leur qualité d'héritiers n'est pas soutenable; les enfants ont dans le partage entre vifs une qualité différente de celle de leur ascendant; ils sont donataires tandis que l'ascendant est donateur, de sorte que, en leur permettant d'exercer des actions du chef du donateur comme représentants de ce dernier, on leur permettrait d'être à la fois, dans une seule donation, donataires et donateurs, ce qui est inconciliable.

4° Entre les descendants et les tiers, le partage entre vifs, produit les effets d'une donation; les descendants seront donc propriétaires à l'égard des tiers du jour de la transcription, de la signification au débiteur (art. 939 941, 1690). Les enfants sont considérés comme personnes nouvelles, ils ne continuent pas la possession de leur auteur, ce qui leur permet d'invoquer la prescription soit de trente ans, soit de dix à vingt, même quand leur auteur était de mauvaise foi. (Genty, p. 169; Demolombe, n° 136; Réquier, p. 137.)

171. Les enfants sont exclusivement propriétaires de leurs lots. Cette conséquence n'est pas l'application de l'article 883, car sans aucune fiction les enfants sont dans le partage entre vifs, propriétaires immédiats et exclusifs

des biens formant leurs lots, sans qu'il y ait eu entre eux aucune indivision. Il ne faut pas cependant admettre que les soultes ne soient pas la représentation de la part d'immeubles, qu'elles remplacent. Ainsi un ascendant ayant attribué les immeubles à l'un des enfants, le charge de payer aux autres une somme en argent ; ces derniers ne doivent pas être considérés comme acquérant des valeurs mobilières.

172. La question présente de l'intérêt, dans le cas où la soulte est due à une sœur mariée sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal, avec stipulation de remploi du prix des immeubles aliénés. Serait-il conforme à la loi et à l'intention de l'ascendant que ces sommes tombent dans la communauté, sans remploi ni récompense, ou soient régies dans le second cas comme des sommes dotales ?

Evidemment non. La caractéristique du partage d'ascendants est l'égalité entre les descendants. Si un ascendant veut donner tous ses immeubles à l'un des descendants, il doit lui faire payer aux autres une somme équivalente à leur lot, et qui représente la part en nature que l'ascendant aurait été obligé de leur donner ; par conséquent si cette somme était considérée comme n'étant pas la représentation de la part d'immeubles qui devait leur revenir, l'ascendant aurait enfreint dans son opération les règles de l'égalité et celles du partage.

173. Les descendants sont-ils tenus des dettes de l'ascendant qui leur a distribué ses biens par un partage entre vifs ?

C'est une question très discutée et qui a un caractère

général, car elle se pose aussi à propos des donations.

Il faut, avant tout limiter la question. Elle ne peut être posée dans le cas d'un partage entre vifs de quelques objets spécialement déterminés, on n'est pas tenu des dettes quand on est successeur à titre particulier.

174. De même en vertu de l'article 945 qui défend au donateur d'imposer aux donataires d'autres dettes que celles qui avaient acquis date certaine au moment de la donation, il est évident que les enfants ne peuvent en être tenus dans le partage entre vifs.

Ainsi encore si l'ascendant a imposé à ses enfants l'obligation de payer ses dettes actuelles suivant une répartition proportionnelle à leur part d'actif, ou dans une autre mesure, ils en seront tenus et les créanciers pourront agir contre eux, suivant la part de passif qui leur a été répartie.

La discussion est donc limitée au cas où l'ascendant a partagé entre vifs la totalité ou une quote-part de tous ses biens présents entre ses enfants, ou ses immeubles seulement ou ses meubles. Dans ce cas les enfants donataires sont-ils tenus des dettes de l'ascendant ?

Le sont-ils jusqu'à concurrence seulement des biens donnés, ou bien *ultra vires donationis* ?

175. Et d'abord sur la première des deux questions les avis sont divisés.

Une partie des auteurs soutient, que les donataires sont obligés aux dettes, car, disent-ils, dans le cas que nous envisageons la donation est universelle ou à titre universel ; que si la loi ne contient pas expressément l'obligation des donataires d'universalité ou de quote-

part d'universalité, de contribuer aux charges et dettes, il est facile de voir qu'on doit par analogie appliquer ici les articles 1009, 1010, 1012, qui disposent pour les légataires universels ou à titre universel, qu'ils devront contribuer proportionnellement à leur émolument, au paiement des dettes de la succession. Du reste, dit-on, l'équité ne peut pas permettre ni entendre, que le donateur se dépouille de la totalité de ses biens, et que les donataires qui les recueillent ne soient pas tenus des dettes.

176. Dans l'ancien droit les auteurs les plus considérables, reconnaissaient à la charge des donataires de tous les biens ou d'une quote-part, les dettes antérieures à la donation. (Pothier, Donations, art. 1 et 2, § III; Furgole, art. 16, ord. 1731; Renard, n° 1522.) Ainsi Furgole dit : « Le donataire de biens présents ou d'une quote-part, doit payer toutes les dettes créées, lorsque la donation est de la totalité, ou par proportion de la quotité, lorsqu'elle n'est que d'une partie de la totalité parce que *bona non dicuntur nisi deducto aëre alieno*. »

La plupart des coutumes décidaient de même. (Bourbonnais, art. 316; Mantes, art. 71; Normandie, art. 421; Bretagne, art. 219; Amiens, art. 52.) Auteurs et coutumes se basaient sur les raisons suivantes : quand un ascendant fait entre ses descendants le partage entre vifs de ses biens, il n'a d'autre intention que de leur délivrer par anticipation ce qu'ils auraient recueilli dans sa succession; or on ne peut admettre comme constituant le patrimoine d'une personne, que tout ce qui s'y trouve moins ce qu'il doit, qui ne lui appartient

pas, de sorte que pour dire qu'il a entendu donner tout ce qu'il possédait, il faudrait admettre ou bien qu'il a voulu induire en erreur les donataires, ou bien qu'il a voulu frauder ses créanciers, et la fraude ne se présume pas.

177. M. Réquier qui soutient cette opinion ajoute : « Ne serait-il pas contraire à l'esprit d'équité qui a inspiré nos lois modernes, qu'un père après s'être dépouillé de tous ses biens en faveur de ses enfants, restât seul en butte à l'action de ses créanciers, et que les donataires possesseurs de tout son patrimoine fussent affranchis de l'obligation d'en acquitter les charges, parce qu'on aurait omis de la leur imposer par une clause formelle ? A qui profiterait, dit encore M. Réquier, cette rigueur des principes si contraire à la simplicité de notre droit ? Les créanciers pourraient toujours faire annuler la donation en vertu de l'article 1167 et les donataires se verraient bien obligés, en définitive, de supporter les dettes auxquelles il faudrait ajouter les frais et la honte d'un procès inique. (Réquier, p. 178. Dans le même sens : Duranton, p. 630, v. IX ; Delvincourt, II, p. 152 ; Marcadé, v. 6, p. 158).

Dans une autre opinion, on soutient que les descendants compris dans un partage d'ascendant fait par acte entre vifs ne sont pas tenus des dettes de l'ascendant.

178. Pour être tenu des dettes il faut, dit-on, être successeur à titre universel, ou successeur universel. Les dettes sont la charge d'une universalité du patrimoine, et non pas d'objets déterminés.

Or le patrimoine comprend les biens à venir, comme les biens présents.

179. Par conséquent tous donataires de biens présents, même universels ou à titre universel ne peuvent être que des successeurs à titre particulier. (V. Laurent, XII, p. 436.) Ainsi le donataire universel ou à titre universel ne pouvant, en vertu de l'article 943, recevoir que des biens présents, ne peut jamais être considéré comme un successeur à titre universel. Dans le partage entre vifs, l'article 1076 dit que l'ascendant ne peut donner que ses biens présents, par conséquent l'ascendant est obligé de distribuer d'une manière spéciale, les biens qu'il donne à chacun des enfants, et s'il ne peut donner que ses biens présents il ne peut pas être question de donataires d'universalité ou de quote-part d'universalité car, comme le dit Ricard, une universalité est une chose abstraite qui comprend même la possibilité et l'espérance.

180. Desorte que loin de pouvoir décider par analogie, pour les donations, de ce qui est décidé en matière de legs universels ou à titre universel, on doit dire que les donataires de biens présents n'ont aucune analogie du point de vue des dettes avec les légataires à titre universel, qui sont appelés à recueillir une partie du patrimoine ainsi qu'il se trouvera à la mort du disposant. (V. en ce sens: Aubry et Rau, § 733; Lyon-Caën, th., p. 235; Demolombe, t. III, n° 449; Marcadé sur les art. 1084, 1085.)

Ceci étant pour les donations, il faudrait admettre pour décider autrement dans le partage d'ascendants

entre vifs, que c'est le partage qui rend universel le titre des enfants.

181. Mais cet acte n'est considéré et ne peut produire des effets comme partage qu'entre les enfants; dans les rapports des ascendants avec les descendants, c'est une simple donation, et ce n'est pas le fait de constituer un partage entre les enfants qui peut lui donner le caractère d'universalité. (Genty, p. 235; Laurent, p. 101.)

Mais, dit-on, l'intention de l'ascendant ne pouvait être autre quand il se dépouillait de tous ses biens, que de mettre aussi les dettes à la charge de ceux en faveur desquels il disposait.

On répond que s'il est vrai que l'article 945 permet au donateur de charger les donataires du paiement des dettes existantes à l'époque de la donation, que si même cette charge peut être convenue tacitement, il n'en est pas moins vrai qu'un consentement tacite, n'est pas un consentement présumé, et que l'intention seule de l'ascendant donateur ne suffit pas pour créer cette obligation; que ce résultat soit quelquefois contraire à l'équité, on ne peut le nier, car avec quoi l'ascendant paiera-t-il ses dettes s'il ne lui reste rien? Ce n'est pas parce que les enfants jouissent plus tôt des biens, qu'ils doivent avoir des obligations moins étendues, que celles des héritiers.

182. Tout ceci est vrai surtout si l'ascendant a négligé d'imposer à ses enfants l'obligation de payer ses dettes actuelles, ou si, n'ayant fait aucune stipulation de la sorte, il n'a pas eu la précaution de retenir sur ses biens une valeur suffisante pour acquitter ses dettes.

Mais l'équité seule n'engendre pas d'obligations. Les enfants sont pour l'ascendant et les tiers de simples donataires, par conséquent des successeurs à titre particulier. Ils ne seront donc tenus des dettes, que s'il y a pour cela une stipulation.

183. Nous nous associons à cette dernière opinion pour toutes les considérations présentées et encore, pour celles-ci : on ne peut reprocher à la solution que nous donnons, de favoriser la fraude envers les créanciers, car l'article 1167 donne aux créanciers le droit de demander la nullité des partages faits en fraude de leurs droits.

Le reproche de manque d'équité est beaucoup atténué par la considération que l'ascendant peut, avant de faire la délivrance des biens qu'il a donnés, retenir suffisamment pour payer ses dettes, ou même s'il ne l'a pas fait et qu'il se soit dépouillé de la totalité ou d'une quote-part de tous ses biens, il faut, appliquant ici la maxime qui ne considère comme biens que ce qui reste, déduction faite des dettes, supposer que l'ascendant n'a entendu donner que ce qui resterait de ses biens, déduction faite des dettes. Cette interprétation ne pouvait cependant avoir lieu qu'avant qu'il ait opéré la délivrance. (Demolombe, t. III, n° 460; Aubry et Rau, § 706, n° 3; Lyon-Caën, th., p. 237.)

184. Nous avons encore, pour finir cette question, à constater que, même quand les enfants sont chargés de payer les dettes, ils ne sont pas obligés personnellement envers les créanciers ; car n'étant pas tenus de plein droit, la clause contractuelle qui les charge de payer les

dettes n'a d'effet qu'entre le donateur et les enfants, parties contractantes ; et les créanciers ne peuvent agir contre eux qu'indirectement en vertu de l'article 1166.

De sorte que les copartagés ne peuvent être tenus des dettes de l'ascendant que *pro modo emolumenti*.

Il nous reste maintenant à parler des effets du partage entre vifs à la mort de l'ascendant.

Dans toutes les opinions, la succession s'ouvrant à cette époque, l'ouverture fait produire au partage tous les effets qui y sont attachés.

185. Mais dans les opinions qui ne donnent d'effets au partage qu'à la mort de l'ascendant, il faut, bien entendu, qu'à ce moment la donation subsiste encore et on discute dans le cas où la révocation ou l'annulation de la donation n'a été que partielle, si elle continue à subsister à l'égard des autres descendants, ou si elle est nulle pour le tout. Nous avons examiné autre part cette question (p. 52).

186. Suivant l'opinion que nous avons cru devoir suivre les biens partagés entre vifs étant, dès le moment de la donation, sortis définitivement du patrimoine de l'ascendant, la mort de celui-ci n'apporte aucun changement à la qualité de donataires copartagés que les descendants avaient déjà de son vivant. Le partage entre vifs constituant à leur égard une succession anticipée, l'ouverture de la succession par la mort de l'ascendant ne peut les faire que rester ce qu'ils étaient avant. Ainsi, que les copartagés acceptent ou répudient la succession ouverte à la mort de l'ascendant, le résultat sera le même en ce qui concerne les biens donnés entre vifs.

Ainsi d'abord il est évident que ceux qui acceptent restent propriétaires des biens donnés ; ils ne sont soumis ni à rapporter les biens ni à subir un nouveau partage. Le partage ayant été fait par acte entre vifs est irrévocable, et les biens y compris définitivement partagés.

187. Si l'ascendant a acquis postérieurement au partage qu'il a fait entre vifs, d'autres biens, ceux-ci seront à sa mort, aux termes de l'article 1077, l'objet d'un partage supplémentaire ; mais ce sont seulement les biens qui n'ont pas été compris dans la distribution faite par l'ascendant, qui feront l'objet de ce nouveau partage.

En ce qui concerne les effets du partage entre vifs quand l'un des enfants renonce à la succession de l'ascendant, la question, quoique étant plus discutable, ne doit cependant pas comporter une autre solution.

On prétend, et cette manière de voir est étendue aux cas où des descendants seraient déclarés indignes où seraient décédés sans postérité, que le partage entre vifs ne peut, dans tous ces cas, produire des effets qu'entre ceux qui acceptent, car avant d'être héritier copartagé il faut être héritier ; or celui qui renonce à une succession est considéré comme n'ayant jamais été héritier.

188. Dans cette manière de voir le descendant, renonçant est considéré comme un simple donataire, de sorte que les acceptants et les renonçants, quoique étant investis de la propriété par un même titre, posséderaient à des conditions différentes et ne seraient pas tenus aux mêmes obligations. Il faut répondre que les descendants

étant tout à la fois donataires, et copartagés, les biens qui lui sont donnés par partage entre vifs lui sont irrévocablement acquis, et que sa renonciation ne peut porter atteinte à des droits qu'il a acquis tout autant comme donataire, que comme héritier.

189. Il faut cependant reconnaître une différence entre les renonçants et les acceptants. Le renonçant ne peut plus avoir droit à la réserve, il ne peut conserver les biens reçus que jusqu'à concurrence de la quotité disponible (art. 845). Il sera donc passible de l'action en réduction de la part des enfants acceptants.

Pour répondre à l'objection qui consiste à demander en quelle qualité l'héritier renonçant conserve les biens, nous devons reconnaître qu'il y a forcément une contradiction dans notre opinion, contradiction qui résulte cependant de la nature complexe du partage entre vifs.

190. Nous sommes forcés de répondre que la renonciation ne peut avoir pour effet de transformer le partage-donation en simple donation. Les enfants restent ce qu'ils ont toujours été, des donataires copartagés ; ils sont donc tenus des obligations et ont les droits résultant du partage. Voilà donc que nous sommes forcés en même temps de dire que l'héritier renonçant doit la garantie comme copartagé, et de reconnaître que l'enfant renonçant n'étant pas héritier ne peut pas être copartageant. Mais ceci, comme nous l'avons dit, est le résultat du caractère complexe du partage d'ascendant qui, étant un partage, implique pour les descendants la qualité d'héritiers, mais qui, étant fait par donation, est irrévocable.

De sorte que quelques changements que doivent apporter dans la suite telles circonstances, l'acte reste ce qu'il a été toujours, un partage-donation et, les descendants des donataires copartagés. (Laurent, v. 15, p. 125; Régnier, p. 159, n° 98.)

191. Il faut reconnaître que l'opinion qui considère les enfants comme de simples donataires du vivant de l'ascendant, conduit sur ce point à des résultats beaucoup plus logiques ; mais ces résultats quoique simples et logiques contredisent forcément les principes.

Dans cette opinion, si à l'ouverture de la succession, les enfants acceptent, ils seront considérés comme héritiers copartagés et ils auront toutes les actions résultant de ce titre. Si, au contraire, ils renoncent, ils seront simplement ce qu'ils avaient toujours été des donataires en avancement d'hoirie qui n'ont ni les droits ni les obligations des copartagés.

Il n'est pas malaisé de rendre clair et logique ce qui est complexe et contradictoire en supprimant la cause de la complexité. Mais, en faisant cela, en supprimant l'un des deux caractères même qui se contredisent d'une institution juridique, on ne fait pas œuvre d'interprète, mais de réformateur, et c'est surpasser le droit d'un interprète que d'altérer un acte et de méconnaître la loi.

192. La même décision doit être appliquée en cas de prédécès de l'enfant copartagé. Le partage entre vifs a fait irrévocablement entrer dans son patrimoine les biens qui lui ont été attribués, qui restent dans sa succession. Les héritiers de l'enfant prédécédé succèdent donc en même temps qu'à sa succession à ses droits et obliga-

tions, ils représentent leur auteur. Il ne peut pas être question, par conséquent, en invoquant l'article 1078, de demander un nouveau partage parce que les enfants du prédécédé qui, à la mort de l'ascendant donateur se trouvent être ses héritiers, auraient été omis dans le partage. Il n'y a pas omission, car les enfants du prédécédé ont été représentés au partage par leur auteur.

193. Mais si les enfants ayant renoncé à la succession de leur père prédécédé, acceptent, en vertu de l'article 744, la succession de l'ascendant, seront-ils tenus envers les autres héritiers de l'ascendant des obligations, et auront-ils des droits provenant de la qualité de représentants de leur père prédécédé, quoique ayant renoncé à la succession de celui-ci ?

On prétend que oui, parce que les principes de la représentation l'exigent, de sorte qu'ils auraient l'action en rescision ou en nullité du partage et cette action serait donnée contre eux, ils seraient tenus de la garantie, et ils auraient le droit à une indemnité à raison de troubles et évictions, et cependant ils ont renoncé à la succession de leur auteur ; ils obtiendraient une indemnité pour la perte d'un bien à la possession duquel ils n'ont jamais eu de droit ; ils auraient une action en rescision d'un partage auquel ils sont complètement étrangers.

194. Ceci ne peut être justifié que par le caractère que l'on croit devoir donner au partage entre vifs, en le considérant comme une donation en avancement d'hoirie.

Mais s'il est admis que les enfants sont des donataires copartagés actuellement et irrévocablement, que les biens

qu'ils ont reçus leur sont définitivement acquis, ces biens ne faisant plus jamais partie de la succession de l'ascendant donateur n'ont rien de commun avec le règlement de la succession de celui-ci. De sorte que si les enfants renoncent à la succession de leur père, ils ne peuvent être tenus des engagements, et ne peuvent faire valoir les droits que le partage entre vifs leur avait conférés n'étant successeur à la personne de leur père ni activement ni passivement, ils ne peuvent pas se prévaloir de ses droits ni subir ses obligations.

193. Les droits que le père prédécédé avait et les biens qu'il détenait, il ne les devait pas à la succession de son auteur, mais à un acte fait entre vifs, irrévocable, produisant tous les effets du moment de sa confection, et qui, étant actuels, irrévocables et définitifs, ne pouvaient pas changer dans la suite. Si donc les enfants du descendant prédécédé, à la succession duquel ils renoncent, viennent à la succession de leur ascendant, ils pourront comme représentant les droits de leur père en vertu de l'article 744, y prendre ce que leur père aurait pris sur les biens acquis par l'ascendant postérieurement au partage entre vifs, mais ils ne succèdent pas à des obligations par leur père prises envers des donataires copartagés, car ces obligations faisant partie irrévocablement du patrimoine de ce premier, restent dans sa succession, à laquelle ils ont renoncé. Par conséquent, selon nous, les enfants qui ayant renoncé à la succession de leur père, acceptent par représentation de celui-ci la succession de l'ascendant, ne peuvent être tenus des obligations, et ne peuvent se prévaloir des droits résultant pour leur père

d'un acte entre vifs, irrévocable et définitif, auquel ils n'auraient pu être mêlés que comme continueurs de la personne du défunt.

Cet acte reste, dans le cas contraire, complètement en dehors du règlement de la succession de l'ascendant à laquelle ils sont venus.

L'article 848 parlant du cas d'une donation en avancement d'hoirie ne peut être appliqué à notre cas.

TROISIÈME PARTIE

De la nullité et de la rescision des partages d'ascendants.

CHAPITRE PREMIER

DES CAUSES DE NULLITÉ DE RESCISION OU DE RÉDUCTION

DES PARTAGES D'ASCENDANTS

196. Excepté les causes de nullité des donations et des testaments, qui doivent toutes être appliquées aux partages d'ascendants, en tant que donation ou testament, et sur lesquelles nous ne reviendrons pas, les ayant succinctement examinées; excepté les causes viciant le consentement telles que le dol, l'erreur, la violence qui peuvent porter atteinte au partage d'ascendants en tant que partage, et sur lesquelles les dispositions de la loi sur notre matière ne reviennent pas, les articles 1078 et 1079 spéciaux aux partages d'ascendants mention-

nent, comme donnant lieu à attaquer un partage : l'omission d'un descendant.

La lésion de plus d'un quart sur sa part héréditaire.

Enfin l'atteinte portée à la réserve.

C'est sur ces trois dernières causes que porteront nos recherches.

SECTION. PREMIÈRE

Omission d'un ou de plusieurs descendants.

197. L'article 1078 déclare nul pour le tout le partage d'ascendants, qui n'aura pas été fait entre tous les enfants et descendants qui existeront, non pas au moment de la confection, mais à celui de la mort de l'ascendant.

Et l'article ajoute : Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aura été fait.

198. Cette disposition qui n'est que l'application aux partages d'ascendants du principe commun à tous partages, qu'ils ne sont valables que s'ils sont faits entre tous les ayants droit, s'explique par la considération suivante : Dans une distribution de biens sur lesquels tous les descendants ont un droit égal, le concours de tous est nécessaire. Voilà pourquoi, quand l'un des ayants droit est omis, on considère le partage comme non avenue, et on en provoque un nouveau, dans lequel le descendant omis est aussi apportionné.

Il est facile de remarquer que le partage fait dans ces conditions n'est pas seulement nul, mais inexistant; ce que l'article 1078 exprime en disant qu'il est nul pour le tout.

199. En effet, comme tout partage, le partage d'ascendant est inexistant dans notre cas pour défaut de cause; car la cause du partage est l'attribution à tous les ayants droit d'une portion de la masse des biens.

Et ceci a comme conséquences que, pour déclarer le partage non avenu, il ne faut pas l'exprimer par une action en nullité, car on ne peut pas demander l'annulation de ce qui n'a pas d'existence. De plein droit les ayants droit peuvent en provoquer un nouveau, et ceci prouve irréfutablement qu'il est considéré comme inexistant, car l'article 816 dit que le partage ne peut être demandé lorsqu'il y a eu un acte de partage. Or, si l'article 1078 permet, dans le cas d'omission, et sans aucune autre condition de provoquer le partage, c'est qu'il considère celui qui avait été fait, comme de plein droit inexistant,

200. Dans son deuxième alinéa l'article 1078 en donne une preuve encore plus décisive quand il permet non seulement à l'enfant omis, mais aussi à ceux qui ont été partagés de provoquer un nouveau partage.

La plupart des auteurs donnent sans distinction aux descendants omis, comme à ceux partagés ce droit.

Il y a cependant une opinion isolée de MM. Aubry et Ran (1) qui propose une distinction et n'accorde le

1. 46, p. 228 n° 10.

droit de provoquer de plein droit un nouveau partage qu'aux enfants omis, demandant pour que ceux qui ont été compris puissent requérir un nouveau partage, qu'ils aient attaqué l'ancien par une action en nullité.

Cette opinion contraire à la disposition formelle de l'article 1078 qui place sur la même ligne les enfants copartagés et les enfants omis, doit aussi être repoussée parce qu'il est incompréhensible qu'on puisse admettre un acte nul à l'égard des uns, et inexistants à l'égard des autres.

201. Comme le dit fort bien M. Laurent, s'il est inexistant c'est qu'une condition essentielle lui manque pour son existence, et s'il n'a pas d'existence légale comment produirait-il quelque effet ? (Laurent p. 128 Demolombe p. 161 ; Réquier, p. 356.)

Il y a ici une différence à faire entre le partage testamentaire et le partage entre vifs. Pour le premier seulement il est vrai de dire d'une manière absolue qu'il est inexistant et ne produit aucun effet, car il est frappé de nullité absolue au moment même où il s'ouvre ; au contraire le partage entre vifs produit son effet du vivant de l'ascendant ; il n'est déclaré nul pour le tout que, quand à la mort de l'ascendant, tous les enfants n'auraient pas été compris dans le partage.

202. Tant que l'ascendant vit, il peut disposer entre vifs comme il l'entend de ses biens, et comme l'enfant omis n'a aucune action parce qu'il n'a aucun droit sur ses biens, la donation produit son effet. De sorte que si à la mort de l'ascendant, l'enfant omis demande un nouveau partage, et que les biens doivent être remis à la masse,

les enfants partagés entre vifs ne seront pas obligés de rendre les fruits et les aliénations par eux faites seront maintenues, puisque l'article 1078 ne déclare le partage nul pour le tout, qu'à la mort de l'ascendant, et que jusqu'à ce moment les enfants étant propriétaires sans condition leur droit ne se résout pas. Et en effet on ne peut pas déclarer nul pour le tout un acte qui s'est produit valablement avec les effets y attachés, et qui n'est infirmé que pour des raisons qui ne se produisent et qu'on ne peut constater qu'à la mort de l'ascendant.

203. Du vivant de celui-ci l'acte est valable et produit ses effets, qui ne sont pas anéantis rétroactivement par l'infirmité du partage-donation, parce que l'article 1078 n'établit pas de condition résolutoire.

En d'autres mots ce n'est pas dire que l'acte nul comme partage vaudra comme donation, par ce qu'il fraudrait pour cela qu'il fût simplement nul alors qu'il est inexistant, mais que l'acte étant complètement anéanti à la mort de l'ascendant, ne peut pas être anéanti aussi dans les effets qu'il a produit du vivant de celui-ci, parce que à ce moment ces effets se produisaient valablement, et qu'à ce titre ils continuent d'exister tant qu'une disposition de la loi ne les anéantit pas rétroactivement. (Laurent, p. 130; Caen 40 mai 1852. C. Demolombe I. 23 p. 462.)

204. C'est uniquement à l'époque du décès de l'ascendant qu'on doit s'attacher pour voir s'il y a lieu à l'application de l'article 1078. Il faut l'omission d'un enfant existant à cette époque, pour donner lieu à nullité. Mais par enfant existant, la loi entend seulement celui qui

est appelé à la succession de l'ascendant; elle ne s'occupe pas de ceux qui ne sont pas héritiers, car en quoi l'existence de ces derniers au moment de la mort de l'ascendant, pourrait-elle apporter un changement à la répartition de ses biens, à laquelle ils ne prennent aucune part?

205. Ainsi si postérieurement au partage, même après la mort de l'ascendant, naît un enfant qui cependant avait été conçu du vivant de l'ascendant, il y a omission conformément à l'article 1078.

L'enfant prédécédé, renonçant ou indigne, ne sera donc pas compté, et son omission n'entraînera pas l'anéantissement du partage.

Si c'est un enfant adoptif qui est omis, le partage est nul (art. 350).

206. Il doit en être décidé de même au sujet de l'enfant naturel. La controverse peu explicable même dans la rédaction ancienne du Code, qui ne considérait pas l'enfant naturel comme héritier, n'a plus aucune raison d'être aujourd'hui quand l'article 756 de la loi du 25 mars 1896 leur reconnaît ce titre. On ne peut pas dire qu'il y a crainte d'avantage excessif en faveur de l'enfant naturel par le partage d'ascendant, car cet avantage pourrait être réduit (art. 908). Le partage sera nul si, après l'avoir fait, le père reconnaît un enfant naturel; il y a omission constatée au moment du décès, l'article 1078 s'impose.

Si l'un des enfants est prédécédé, l'article 1078 déclare nul pour le tout le partage, s'il a omis les descendants de cet enfant, il doit même conformément à l'article 743

faire le partage par souches, et attribuer à chacun des descendants, la part qui serait revenue à leur auteur prédécédé.

207. Si tous les enfants existaient au moment du partage, et y ont été compris, le décès de l'un l'eux postérieurement à cet acte, avant le décès de l'ascendant, donne-t-il lieu pour celui-ci à l'obligation de refaire son partage en y comprenant les descendants de cet enfant prédécédé?

La question ne présente pas de difficulté quand le partage est fait par acte entre vifs.

208. En effet l'enfant prédécédé ayant été compris dans le partage, a recueilli les biens, et à sa mort ses descendants les prendront dans sa succession; ces derniers ne sont donc pas omis se trouvant représentés par leur père. Que s'ils ont renoncé à la succession de leur père ils viennent toujours à la succession de l'ascendant par représentation du premier, et comme ils ne peuvent avoir plus de droit que celui qu'ils représentent (art. 739) et que celui-ci a eu sa part, et s'il existait il n'aurait rien à réclamer sur ces mêmes biens, ils ne peuvent rien réclamer sur les biens partagés, car ils sont considérés comme y ayant personnellement pris part. Si le partage a été fait par testament, la décision variera, suivant que l'on considère les enfants copartagés comme des héritiers *ab intestat* ou bien comme des légataires. Dans la première opinion les enfants recueilleront par représentation, la portion assignée dans le partage, au prédécédé, et cela aura pour résultat de les faire considérer comme personnellement compris dans le par-

tage. Ceux qui cependant ne peuvent s'astreindre à voir comme héritiers *ab intestat*, des personnes qui recueillent des biens en vertu d'un testament-partage, doivent forcément conclure que les descendants des enfants prédécédés, sont considérés comme omis.

En effet, les enfants copartagés étant des légataires, le legs fait à l'un d'eux devient caduc par son prédécès (art. 1039); et ceci étant, ses enfants, ne pouvant le représenter, sont omis du partage de l'ascendant.

209. Ils ont le droit de demander un nouveau partage, à moins qu'on n'admette, ce qui serait conforme à l'intention de l'ascendant qui a pour sûr entendu attribuer les biens aux petits-enfants en cas de prédécès de l'enfant, qu'ils peuvent prendre le lot attribué à leur père.

Mais cette disposition, qui est logique, est contraire aux dispositions de la loi qui n'admet pas la représentation en matière de legs; on ne peut donc l'admettre. (Laurent, p. 436; Agen, 23 déc. 1847; (Dalloz 18482, 17.)

On doit tout aussi peu admettre l'idée d'une substitution vulgaire tacite, en vertu de laquelle les descendants des enfants seront appelés en cas de prédécès de ceux-ci; car il n'y a de substitutions que celles permises par la loi, et aucune loi n'en sous-entend au moins une dans notre cas.

210. En cas de prédécès de l'un des enfants, l'ascendant peut attribuer seulement aux descendants du défunt, la part de celui-ci, sans cependant répartir entre chacun d'eux cette part; il n'y aurait pas omission donnant lieu à l'application de l'article 1078 pour le partage, si l'ascendant avait négligé de nommer un des enfants du

descendant précédé; cela donnerait simplement lieu à une répartition nouvelle dans la souche à laquelle il appartient.

211. S'il résulte des termes du partage qu'un descendant dans la distribution de ses biens n'y a pas observé la quotité proportionnelle des vocations héréditaires, il doit être anéanti parce que la division des biens doit être faite en raison des droits héréditaires de chacun. Ainsi, si un ascendant ayant donné une part à un enfant naturel, le légitime après sans changer en rien ses dispositions; ou bien, s'il a deux enfants, et deux descendants d'un enfant prédécédé, il leur donne à chacun le quart.

L'article 1078 en appliquant aux partages d'ascendants l'une des règles des partages, entend que les autres règles devront aussi être appliquées.

Comme application du principe posé par l'article 1078, qu'il faut pour que le partage soit valable, qu'il soit fait avec le concours de tous les ayants droit, on doit décider que toute omission de successeur à titre universel donne lieu à la nullité du partage. Voilà un ascendant qui avait fait donation d'une quote-part de ses biens à son conjoint ou à un étranger, et qui ensuite, procédant au partage de ses biens entre ses descendants omet le donataire à titre universel, portant ainsi atteinte à un droit irrévocable.

212. En vertu de l'article 1083, le donataire pourrait demander l'annulation; et pour les raisons plus haut indiquées les enfants pourraient demander un nouveau partage (art. 1078).

SECTION II

Lésion de plus du quart.

La deuxième cause pour laquelle on peut attaquer un partage, est prévue par l'article 1079 qui dit que le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour lésion de plus du quart.

213. C'est encore l'application aux partages d'ascendants, du principe posé pour les partages par l'article 887, qui, considérant l'égalité comme la base du partage, permet à celui qui a reçu moins des trois quarts de sa part, d'en demander la rescision. Quoique l'article 1079 ne l'exprime pas formellement, c'est une assimilation complète qu'il faut voir entre l'action qu'il prévoit, et celle accordée par l'article 887; c'est donc une action en rescision, quoique l'article qui la prévoit ne la qualifie pas, mais il suffit de s'en référer au principe, qui est le même pour voir que les conséquences exprimées en matière de droit commun doivent toutes s'appliquer dans notre cas.

214. On aurait pu, si la loi n'avait pas posé le principe contraire dans l'article 1079, prétendre que, dans le partage d'ascendants, le père ayant le droit de disposer de sa quotité disponible au profit d'un étranger ou de l'un de ses enfants, pouvait donner à l'un d'eux une part supérieure à celle des autres. Pour prétendre ceci il faudrait même, dans ce cas, avoir oublié que l'ascendant s'est

proposé de faire un partage, et que les règles d'égalité du partage devaient être par conséquent appliquées.

Cela ne veut pas dire que l'action prévue par l'article 1079, porte atteinte à la faculté de l'ascendant, d'avantager l'un de ses enfants. Il n'a qu'à exprimer sa volonté en faisant à l'un d'eux un legs ou une donation par préciput.

215. Cette action est basée sur la considération d'erreur de la part de l'ascendant, quand dans un partage qui doit être égal par essence, il a formé des lots inégaux, et quand cette erreur dépasse une certaine limite.

L'acte ne pourra plus être considéré comme un partage, lorsque l'inégalité des lots dépasse la limite fixée par la loi, il devra donc être rescindé et les biens rentreront à la masse à partager. Il faut bien établir que cette action n'est pas basée sur l'atteinte portée à l'un des héritiers copartagés dans sa réserve, mais uniquement sur l'inégalité. Ainsi il ne suffit pas qu'un enfant prouve qu'il a une atteinte à la réserve, pour que cette action lui soit accordée, il se peut que sa réserve étant atteinte, il ne soit pas lésé de plus du quart sur le partage et alors cette action lui sera refusée, comme il ne suffirait pas que l'un des descendants ait reçu plus d'un quart au delà de sa part héréditaire, pour qu'on puisse rescinder le partage, s'il n'y a pas d'enfant qui soit lésé de plus du quart sur la part qui devait lui revenir.

216. Il se peut enfin que l'un des enfants soit admis à demander la rescision du partage quoiqu'il ait reçu plus que sa part dans la réserve.

Un ascendant a 4.000 francs de fortune et trois

enfants, il dispose de sa quotité disponible, 250 francs. Voilà un enfant qui, sur une masse de 750 francs, sa réserve étant de 250 francs, peut recevoir 220 francs seulement, sans avoir le droit d'intenter l'action en rescision, et sa réserve est cependant atteinte.

217. De même un homme qui a deux enfants et qui partage entre eux tous ses biens qui s'élèvent à 4.000 fr. Il donne à l'un d'eux 1.490 francs, et à l'autre 2.510 fr., le premier pourra demander la rescision pour lésion de plus du quart sur la part qui devait lui revenir, quoique cependant l'ascendant aurait pu, disposant du tiers de sa quotité disponible, ne leur donner à chacun qu'un tiers, soit 1.333 francs et que celui qui a le droit d'intenter l'action ait reçu 1.490 francs, c'est-à-dire plus que sa réserve.

En d'autres mots il faut dire que la lésion exigée par l'article 1079, s'apprécie quant aux biens compris dans le partage, et que si considérant ces biens, l'enfant a reçu moins des trois quarts de la part qu'il aurait dû recevoir, il peut faire rescinder le partage. Le quart en moins que peut avoir l'un des enfants se justifie par la difficulté d'apprécier exactement la valeur des biens ; entre l'estimation de l'ascendant et celles des experts on ne peut décider qu'elle est en erreur, quand la différence est moins du quart, mais quand il y a lésion de plus du quart il y a présomption légale que l'enfant n'a pas reçu sa part entière.

218. Il n'y a donc qu'une seule question à rechercher, c'est celle de savoir si l'égalité a été observée dans le partage et uniquement quant aux biens partagés ; si sur la

masse des biens compris dans le partage, un enfant a reçu moins des trois quarts il est lésé, s'il a reçu les trois quarts il ne l'est pas. Il n'est donc pas tenu compte de la masse totale des biens qui sont dans le patrimoine de l'ascendant ; par conséquent on ne doit pas considérer, pour voir s'il y a lésion de par le partage, ni les biens donnés à un étranger, ni ceux que l'un des copartageants aurait reçus avec dispense de rapport, mais uniquement ceux compris dans le partage. C'est du reste ce qu'exprime l'article 1079 en disant que c'est le partage qui doit produire la lésion de plus du quart. Si l'ascendant avait fait plusieurs partages successifs, c'est sur la totalité des partages réunis que devra être appréciée la question de savoir, s'il y a lésion ou non : décider autrement ce serait ne pas tenir compte de la réparation qu'un enfant lésé dans un premier partage pouvait postérieurement avoir dans un second.

219. Ce serait, du reste, porter atteinte à l'esprit de l'article 1079, qui a pour seul but de rétablir l'égalité entre les copartagés, si l'on permettait de rescinder un partage, envisagé isolément à d'autres postérieurs, alors que ces partages quoique faits à des dates différentes sont la répartition d'un seul et même patrimoine, et par conséquent un seul et même partage. (Laurent, t. XV, p. 139 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 234 ; Demolombe, t. XXIII, p. 167 ; Cass., 18 décembre 1854.)

De même l'action en rescision ne devra pas être admise, lorsque, dans la succession de l'ascendant, il y a suffisamment de biens indivis pour réparer la lésion. (Cass., 29 août 1864,)

Ceci doit être entendu en ce sens, que si par un partage de biens indivis fait par les héritiers, ceux-ci auraient réparé la lésion résultant du partage d'ascendant, ce dernier partage ne pourra plus être attaqué par l'action en rescision.

M. Réquier, qui combat absolument cette manière de voir, reconnaît aussi cependant que si les défenseurs à l'action en rescision, offraient au demandeur un supplément en nature prélevé sur les biens qui restent à partager, le cours de l'action devrait être arrêté. (Art. 891 ; Lyon-Caën, p. 262 ; Bonnet, 572, t. II). Nous avons vu que l'ascendant peut tout aussi bien donner sa quotité disponible par préciput à l'un de ses enfants copartagés, qu'il peut la donner à un étranger.

220. Tout le monde est d'accord pour reconnaître que les biens constituant la quotité disponible, donnés par préciput à l'un des enfants copartagés, ne doivent pas être compris dans la masse sur laquelle on apprécie l'existence de la lésion, qu'ils doivent être distraits de cette masse, alors que cette donation a été faite antérieurement au partage.

Mais, dans le cas où la donation préciputaire aurait été faite par le même acte où par un acte postérieur, on prétend que les raisons de décider ne sont pas les mêmes.

Que l'ascendant ne puisse pas, dit-on, porter atteinte à l'irrévocabilité de sa donation préciputaire en restreignant dans le partage la part légale de l'enfant donataire, cela est de toute évidence.

221. Mais quand il n'y a pas eu de donation antérieure et que, par conséquent, au moment du partage, il était

libre de donner ou de ne pas donner sa quotité disponible, s'il la donne à l'enfant lésé par le partage, ne montre-t-il pas suffisamment que c'est pour réparer cette inégalité qu'il lui donne la quotité disponible ? Et ceci étant dans le cas où la donation précipitaire a été faite concurremment au partage, on doit aussi, dans le cas où elle a été faite postérieurement au partage, la déclarer indivisible avec celui-ci, quand elle est en faveur de celui des enfants qui a été lésé ; la donation précipitaire faite en de semblables conditions manifeste suffisamment de l'intention de réparer l'inégalité pour qu'on refuse l'action en rescision.

222. Il est évident que si l'intention de l'ascendant a été de réparer la lésion par le don de la quotité disponible, la lésion serait réparée comme préjudice, et l'équité voudrait qu'il ne pût plus y avoir de rescision. Mais, en droit, comme ce sont les biens partagés qui comptent dans la masse, et que celle-ci ne se compose que des biens formant la réserve, toutes les fois que l'enfant n'aura pas reçu les trois quarts de sa réserve, il pourra attaquer en rescision le partage.

On ne voit pas pourquoi, quand la disposition précipitaire a été faite dans l'acte de partage, ou dans un acte postérieur, on pourrait prétendre que l'enfant lésé de plus du quart dans le partage ne puisse attaquer en rescision ce partage, quand la seule condition exigée par l'article 1079, est la lésion résultant du partage, et que cette condition se trouve accomplie.

Il est indifférent que l'enfant ait d'autres avantages ; tout cela ne peut remédier en rien dès qu'il est prouvé

qu'il y a inégalité dans le partage, plus grande que la loi ne permet, pour continuer à considérer cet acte comme partage.

223. Si cependant l'ascendant a déclaré attribuer un lot moindre dans le partage à un des descendants parce qu'il lui a attribué par préciput la quotité disponible, cette déclaration qui n'aura pas pour résultat d'arrêter l'action en rescision contre un partage testamentaire, sera au contraire productive d'effets dans un partage entre vifs, ou le consentement de l'enfant lésé et avantagé par préciput est nécessaire à la validité du partage. (V. en ce sens Lyon-Caën, p. 260.)

L'action en rescision de l'article 1079 ne peut être accordée qu'aux enfants qui ont subi sur leur part une lésion de plus du quart. Les autres ne peuvent, en aucun cas, attaquer le partage, mais ils peuvent profiter de la rescision obtenue par ceux qui étaient lésés de plus du quart pour avoir, s'ils étaient lésés de moins du quart, une portion égale à celle de ses héritiers dans le nouveau partage (Réquier, 313; Aubry et Rau, t. vi, p. 233.)

224. Si, dans un partage, l'ascendant dispose en faveur d'une personne de la totalité ou d'une quote-part de la quotité disponible, ce légataire universel ou à titre universel n'aura pas droit à l'égalité et par conséquent ne pourra pas intenter l'action prévue par l'article 1079, al. 1^{er}. (Lyon-Caën, p. 261; Genty, p. 312; contra Réquier, p. 122.)

L'action en rescision ne doit être accordée aux enfants qu'autant qu'ils deviennent héritiers.

Pour l'enfant apporportionné dans un partage testamen-

taire, cette décision qui ne présente aucun doute est basée sur la considération que l'enfant qui n'est pas héritier (qu'il soit renonçant, prédécédé ou indigne) n'a aucune qualité pour exercer une action réservée par la loi à ceux qui ont droit à l'égalité dans un partage.

225. Pour le partage entre vifs, l'enfant qui ne devient pas héritier de l'ascendant ne peut exercer l'action en rescision, non pas parce qu'il resterait après sa renonciation simple donataire, nous avons établi plus haut que les renonçants étaient toujours des donataires copartagés, mais parce qu'il n'a pas intérêt à faire prononcer une nullité dont il ne pourrait profiter.

En effet, de deux choses l'une : ou bien la rescision anéantit à la fois la donation et le partage, et alors le renonçant n'aurait aucun intérêt à la demander, parce qu'il serait obligé de restituer tout ce qu'il a reçu, et qu'il n'a aucun titre pour concourir au nouveau partage.

Ou bien le partage entre vifs rescindé comme partage, continue quand même à valoir comme donation, et alors ne pouvant retenir son lot que jusqu'à concurrence de la quotité disponible sans pouvoir contraindre ses codonataires au rapport, le renonçant n'a aucun intérêt à exercer l'action parce qu'il ne pourrait pas faire procéder à un nouveau partage.

226. Nous allons passer maintenant à l'examen d'une question qui suscite de nombreuses controverses. Un enfant prétend qu'il est lésé de plus du quart dans le partage fait par l'ascendant, il en demande la rescision. Pour apprécier si sa demande est fondée il faut examiner si sur les biens partagés il n'a pas reçu au moins

les trois quarts de sa part. Mais pour savoir si les biens compris dans son lot, le remplissent des trois quarts de sa part, il faut estimer tous les biens.

Cette estimation devra-t-elle être faite d'après la valeur des biens au moment de la mort de l'ascendant, ou au contraire d'après leur valeur au moment du partage ?

L'article 890 dit : « Pour juger s'il y a eu lésion on estime les biens suivant leur valeur à l'époque du partage. »

227. Tout le monde convient que l'article 890 doit être appliqué aux partages d'ascendants aussi, car il est bien logique que pour voir si un partage a été fait conformément au principe d'égalité on doive se reporter au moment de sa confection.

Mais quelle est, dans notre matière, l'époque du partage ? C'est sans doute celle où il produit ses effets. Nous voyons alors que pour le partage testamentaire il ne faut pas hésiter à décider que les biens doivent être estimés d'après leur valeur au moment du décès de l'ascendant ; car le partage par testament est un acte de dernière volonté qui n'a une existence légale et ne peut produire des effets qu'à la mort du testateur ; c'est donc à ce moment qu'il faut apprécier si le partage était conforme à la règle de l'égalité.

228. Pour le partage fait par acte entre vifs, la décision dépend de la question de savoir s'il produit des effets immédiatement et s'il doit être considéré dès qu'il a été consommé comme actuel et irrévocable, ou bien si le partage entre vifs n'acquiert le caractère de partage qu'à la mort de l'ascendant.

Pour ceux qui soutiennent la première théorie, le partage d'ascendant étant un vrai partage du moment de sa confection, l'égalité doit y présider, et l'action en rescision doit être accordée s'il y a lésion; par conséquent il faut estimer les biens au moment de la confection du partage, dès qu'il a été consommé, pour voir s'il y a lésion, par ce que les biens étant devenus dès cette époque la propriété incommutable des copartagés donataires, c'est pour eux que les biens augmentent ou diminuent de valeur.

229. Dans l'opinion contraire le partage entre vifs n'étant qu'une simple donation pendant la vie de l'ascendant et ne produisant d'effets comme partage qu'au décès de l'ascendant, c'est la valeur des biens à cette époque qu'il faut estimer pour voir s'il y a lésion, car l'article 890 dit que c'est à l'époque du partage, et il n'y a partage qu'à la mort de l'ascendant.

Cette doctrine aboutit on le voit à mettre un ascendant dans l'impossibilité de faire un partage entre vifs sans que ce partage soit rescindé à sa mort pour lésion car il ne lui suffit pas d'avoir fait un partage égal, il faut qu'il ait fait un partage qui se maintienne toujours égal, malgré les variations que personne ne peut prévoir, des biens qui y sont compris, ce qui est impossible. (V. en ce sens : Labbé, *Journal du Palais*, 1863, p. 934; Réquier, p. 533.)

230. M. Lyon-Caën, qui n'est cependant pas partisan de la doctrine, qui voit dans le partage entre vifs un partage définitif et irrévocable produisant ses effets comme tel dès sa confection, s'exprime ainsi sur cette consé-

quence qu'on tire dans la doctrine adverse : « Il ne faut pas méconnaître que cette doctrine offre de très graves inconvénients. Avec elle l'ascendant est placé dans l'impossibilité de faire avec certitude un partage entre vifs échappant à la rescision pour cause de lésion ; car un partage parfaitement égal à l'origine, peut devenir lésif par suite de changement dans la valeur des biens partagés, que n'a pu prévoir l'ascendant. Pour faire un partage stable il ne suffirait pas que l'ascendant fût juste et connût exactement la valeur de ses biens, il faudrait en outre qu'il fût un véritable devin. »

231. Certains auteurs ont essayé de prévenir les mauvais résultats de cette opinion en restreignant seulement aux immeubles l'estimation d'après leur valeur au moment de l'ouverture de la succession ; pour les meubles ils devraient être estimés au moment de l'acte, comme le prescrit l'article 868 en matière de rapport. Cette conciliation nous semble peu juridique et insuffisante comme remède.

L'article 868 qui traite de l'estimation du mobilier en matière de rapports, ne peut être appliqué à un cas où tout rapport est exclu. De même si les immeubles varient, si leur valeur change, en quoi l'inconvénient de la doctrine est-il diminué ?

232. L'article 922 qu'invoquent MM. Aubry et Rau (t. VI, p. 232) pour prétendre que si les enfants améliorent les biens ou s'ils les déprécient, il leur en sera tenu compte, et que par conséquent la doctrine qui met l'estimation des biens au décès de l'ascendant n'empêche pas les descendants d'améliorer, n'est pas applicable, il nous

semble, à notre matière, car il est relatif au calcul de la réserve et non à celui de la lésion, et en tout cas ce serait un remède bien peu suffisant car les améliorations ne produisent de plus-value qu'après de longues années, et celui qui n'est pas sûr d'améliorer pour lui, n'améliore pas.

233. M. Laurent⁽¹⁾, le plus ardent défenseur de la doctrine, qui voit dans le partage entre vifs un partage actuel, définitif et irrévocable, essaie de démontrer que même dans la doctrine adverse on pourrait et on devrait estimer la valeur des biens donnés au moment même de la donation, conséquence qui, dans sa manière de voir, est inévitable.

Et pour soutenir cela il dit que la question de savoir à quelle époque on doit estimer les biens pour voir s'il y a lésion, ne dépend pas de la solution de celle de savoir à quelle moment s'ouvre l'action en rescision.

De sorte que l'action en rescision s'ouvrant à la mort de l'ascendant seulement encore faudrait-il décider que les biens s'estiment d'après leur valeur à l'époque du partage.

Aucune considération, dit M. Laurent, n'empêchera que les articles 1075 et 1076 disent que le partage existe du vivant de l'ascendant.

234. Or, s'il y a partage c'est à ce moment que doit se référer l'estimation puisque l'article 890 dit qu'on estimera les biens d'après leur valeur au moment du partage.

C'est à cette époque qu'on doit se référer pour voir s'il

1. T. XV. p. 456.

y a lésion de plus du quart, car les changements ultérieurs ne peuvent avoir aucune influence sur la question de savoir si le partage, évidemment quand il a été fait, était conforme à l'égalité.

Cette doctrine est rejetée par la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 1847.

M. Laurent combat avec succès, il nous semble, les arguments apportés par les décisions de la Cour de cassation, qui prétend que l'estimation des biens doit être faite d'après leur valeur au moment du décès de l'ascendant.

Du vivant de l'ascendant, dit la Cour de cassation, les enfants ne peuvent pas être héritiers ils ne peuvent être que donataires et par conséquent ils ne peuvent pas être copartagés.

235. Le partage dans la donation-partage, dit la Cour de cassation dans son arrêt du 4 juin 1868, n'est qu'un partage apparent qui n'existe comme tel qu'à la mort de l'ascendant, et qui tient lieu de partage légal, au moment de l'ouverture de la succession. Par conséquent comme l'enfant n'est jusqu'à ce moment que donataire, comme entre donataires il n'y a pas de droits à l'égalité, qu'il ne devient copartagé que quand il devient héritier, et que le partage anticipé devient partage légal à l'ouverture de la succession, c'est à ce moment qu'il faut estimer les biens conformément à l'article 890. (Arrêt de la Cour de cassation du 25 août 1869.)

236. Dans son argumentation, l'arrêt de la Cour de cassation se met à chaque pas en contradiction avec les textes précis sur la matière des partages d'ascendants.

Elle dit que les enfants ne sont pas *copartagés* durant la vie de l'ascendant.

Or, l'article 1075 dit que l'ascendant peut faire entre ses descendants la distribution et le partage de ses biens; s'il le fait, ils sont donc, d'après la loi, des copartagés.

La Cour de cassation ajoute que les descendants ne sont que donataires du vivant de l'ascendant.

Mais l'article 1076 dit que l'ascendant peut faire entre vifs le partage de ses biens. Comment peut-on dire alors qu'ils ne sont que donataires?

237. Enfin, la Cour de cassation dit que le partage anticipé ne devient vraiment un partage légal qu'à la mort de l'ascendant; et, cependant, l'article 1076 ne demande pas d'autres conditions, pour que le partage entre vifs produise ses effets, que la perfection de la donation.

La jurisprudence des Cours d'appel, qui résistait aux décisions de la Cour de cassation, a fini par s'y conformer.

238. Seule, la Cour d'appel d'Agen a continué, sous l'influence du président Réquier, à décider, contrairement aux décisions de la Cour de cassation, que l'estimation devait être faite d'après la valeur des biens à l'époque de la confection du partage. Enfin M. Réquier et M. Laurent répondent ainsi à l'objection de l'opinion adverse, qui consistait à dire que l'égalité n'est pas obligatoire, dans un partage qu'un propriétaire fait de ses biens entre personnes qui n'y ont aucun droit, et les enfants n'ont, du vivant de leur père, aucun droit sur son patrimoine.

Il est évident que l'ascendant qui n'est obligé d'aucune façon à distribuer de son vivant ses biens entre

ses héritiers, peut, s'il leur fait une donation en avancement d'hoirie, ne pas se conformer à aucune règle d'égalité, et que, jusqu'au moment de sa mort, quand le rapport rétablit l'égalité entre cohéritiers, ils ne pourront rien demander. Mais quand un ascendant déclare faire un partage entre vifs de ses biens, il est obligé d'observer l'égalité qui est de l'essence du partage, et sans laquelle il ne peut exister (art. 1079).

Toute la doctrine et toute la jurisprudence en grande majorité s'associent à la manière de voir de la Cour de cassation.

239. La Cour de cassation ne fait aucune différence quant à l'estimation entre les meubles et les immeubles; elle repousse l'application de l'article 868. La Chambre des Requêtes l'a décidé expressément le 16 décembre 1878.

Elle applique cependant l'article 922, et elle décide, par conséquent, que les biens seront estimés d'après leur valeur au moment du décès, mais d'après leur état au moment de la donation. (Cass., 26 déc. 1876; 15 mai 1876.)

SECTION III

Atteinte à la réserve.

240. Le deuxième alinéa de l'article 1079 décide que le partage pourra être attaqué dans le cas où il résulterait du partage, et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

L'action en rescision pour lésion de plus du quart ne s'occupait pas, nous l'avons vu de l'atteinte qu'aurait à souffrir un enfant dans sa réserve. Elle n'avait en vue que de sanctionner l'égalité des partages, et ne s'occupait, pour décider s'il y avait inégalité, que des biens qui avaient été compris dans le partage.

241. Mais en dehors du cas prévu par l'article 1079, alinéa 1^{er}, où une atteinte de plus d'un quart sur la part qu'il aurait dû avoir dans le partage, donnait droit à l'enfant de demander la rescision du partage, il en est plusieurs autres dans lesquels les enfants peuvent se trouver atteints dans leur part, par le partage d'ascendant.

Ainsi quand un père, ayant disposé en faveur d'un étranger de sa quotité disponible, donne à l'un de ses enfants sur les biens réservés qui lui restent à partager moins que sa part de réserve sans cependant le léser de plus d'un quart. Ainsi encore un père donne à l'un des enfants la quotité disponible par préciput, en avantage un autre dans le partage des biens réservés et lèse le troisième de moins du quart dans la réserve.

242. Enfin un troisième cas, quand un père donne par préciput sa quotité disponible à l'un des enfants et avantage le même dans le partage sans léser les autres de plus du quart. Dans le premier, comme dans le second cas, l'enfant, quoique lésé dans sa réserve, n'a aucune action contre le partage. Il n'a pas l'action en rescision de l'article 1079, al. 1^{er}, il n'a pas non plus l'action en réduction de l'article 920.

Le troisième cas, par contre, est prévu par l'arti-

cle 1079, al. 2; c'est donc seulement quand dans un partage le même enfant copartagé aura et la quotité disponible par préciput, et un avantage sur les biens partagés, que le partage pourra être attaqué. Ce n'est donc pas à l'atteinte qu'éprouve l'un des descendants dans sa réserve, que s'attache l'article 1079, al. 2, pour voir s'il y a lieu de permettre d'attaquer le partage, mais au fait qu'un enfant serait dans le partage et par préciput avantagé plus que la loi ne le permet.

243. Un enfant peut être lésé dans sa réserve, si un autre ne cumule pas et la quotité disponible par préciput, et un avantage dans le partage, il n'y aura pas lieu à l'action de l'article 1079, al. 2.

Un exemple fera saisir ces conséquences et les limites dans lesquelles se renferme l'action accordée par l'article 1079, al. 2.

244. Un père a trois enfants et une fortune de 24 000 fr.; il donne 6.000 francs par préciput à l'un d'eux, soit sa quotité disponible, et sur les autres 18.000 francs, il donne 7.500 francs au donataire par préciput du disponible, 6.000 francs au second, et 4.500 francs au troisième. C'est dans ce cas seulement que l'article 1079, al. 2, donne une action pour attaquer le partage; si au lieu du premier c'eût été le second ou un étranger qui eût la quotité disponible, il n'y aurait pas d'action possible.

Un ascendant pourra donc, par le partage, désavantager et léser dans leur réserve un ou plusieurs de ses enfants, sans qu'ils puissent se plaindre.

Le législateur ne s'occupe que du cas où un père, se

laissant aller à une préférence exclusive, favoriserait dans le partage de ses biens, l'enfant auquel il aurait déjà donné par préciput sa quotité disponible, de sorte que cet enfant aurait sans léser de plus d'un quart aucun autre copartagé à la fois la quotité disponible et plus que sa réserve. Rien n'aurait, d'après le droit commun, infirmé cette disposition.

245. Mais le législateur a trouvé bon dans les dispositions spéciales aux partages d'ascendants, de donner en ce cas une action pour attaquer le partage, estimant que toutes ces combinaisons desquelles résultaient un bénéfice pour l'un des enfants, ne pouvaient pas être mises sur le compte d'une erreur ou du hasard ; cela constituait à ces yeux une idée préconçue d'avantager un enfant au détriment des autres en fraudant la loi, y voyant une libéralité prohibée par la loi déguisée, il a édicté une présomption légale en vertu de laquelle tout enfant pourrait, dans ce cas, attaquer le partage de l'ascendant s'il est lésé dans sa réserve. Le Code italien et le Code civil roumain sont allés plus loin.

246. Le Code italien, dans l'article 1048, s'exprime ainsi : « Le partage fait par l'ascendant, peut-être attaqué s'il résulte du partage ou des autres dispositions faites par l'ascendant, que l'un de ceux entre lesquels les biens ont été partagés a été lésé dans sa portion légitime. »

Et le Code civil roumain dans son article 798, s'exprime de même

Dans ces législations, par conséquent, il suffit qu'un enfant soit lésé dans sa réserve, que sa lésion provienne du partage ou de tout autre acte fait par l'ascendant, pour

que la loi lui accorde une action pour attaquer le partage.

Ce n'est plus, comme dans l'article 1079, al. 2, l'avantage excessif en faveur de l'un des enfants résultant du fait du cumul sur la tête du même enfant de la quotité disponible par préciput et d'un avantage dans le partage, quel'on considère pour accorder l'action, mais la lésion simple par quelque acte qu'elle se soit produite de la réserve d'un descendant. Et en ceci, la réforme faite par ces deux législations nous semble logique.

247. En effet la législation française, par l'article 1079, al. 2, ne fait que défendre un avantage excessif en faveur d'un enfant, mais ne les garantit pas de l'atteinte que l'ascendant, par des combinaisons habiles, pourrait porter à leur réserve. De ces combinaisons elle n'en déjoue qu'une, et nous avons vu que cela était insuffisant. Ne valait-il pas mieux de protéger par une disposition générale comme l'ont fait les législateurs roumains et italiens et contre toute atteinte qu'aurait pu lui porter le partage d'ascendants, la réserve des descendants.

248. Toute autre disposition faite par l'ascendant ne pourrait pas porter atteinte à la réserve, et il n'y aurait que le partage d'ascendants où on la tolérerait! N'est-il pas plus sûr de s'attacher à la réserve du descendant, pour décider s'il y a ou non lieu à une action contre la disposition de l'ascendant, que de ne l'accorder que s'il y a lésion de plus d'un quart dans le partage, où si l'un des enfants se trouve avoir plus que la quotité disponible laissant ainsi hors des prévisions de la loi plusieurs cas possibles d'atteinte à la réserve.

Si la réserve doit rester entière aux enfants, une légis-

lation est incomplète quand il est possible quand même à l'ascendant de porter atteinte à la réserve de l'un d'eux.

Et, d'après les dispositions du Code civil français sur cette matière, même en admettant que l'action en réduction de l'article 920 soit applicable aux partages d'ascendants, cette action est insuffisante, et la réserve peut être entamée.

249. On reproche aux législations italienne et roumaine de mettre l'ascendant dans l'impossibilité de faire un partage entre ses descendants, quand il aurait disposé de sa quotité disponible, car de quelque façon qu'il procède il y aura toujours un enfant qui sera lésé d'une part minime.

Mais ce reproche ne nous paraît pas fondé. Conséquents avec le principe que la réserve est un droit naturel et que l'enfant ne peut et ne doit en être privé, ces législateurs ont pris des dispositions telles que l'ascendant ne pourra jamais y porter atteinte. Et on leur reproche d'avoir fait cela ! autant critiquer tout ce qui porterait une entrave aux frustrations que l'ascendant pourrait faire à ses descendants. Si la réserve doit être intacte, et qu'une législation empêche qu'on l'atteigne cette législation est bonne et les résultats curieux auxquels elle pourrait donner lieu ne doivent pas être critiqués.

250. Mais ces résultats sont-ils vraiment déplorables ? Nous ne le croyons pas.

Un ascendant veut à la fois dépouiller ses enfants de sa quotité disponible et faire entre eux le partage des biens réservés.

Ce faisant il peut arriver que sa disposition soit attaquée, et voilà le grand inconvénient; mais s'il croit bon de dépouiller ses enfants de la quotité disponible, il pourrait très bien les laisser partager entre eux leur réserve. Comment concilier cet acharnement de les priver de sa quotité disponible entière, et cette sollicitude de vouloir lui-même leur assigner leur part.

251. Mais s'il veut à tout prix faire le partage sans s'exposer à ce qu'il soit attaqué il n'a qu'à comprendre dans les biens qu'il partage une partie de sa quotité disponible, de sorte que l'enfant puisse étant lésé sur sa part dans le partage, ne l'être cependant pas sur sa réserve, lésion qui ne doit pas se produire.

Quelle est la nature de l'action prévue par l'alinéa 2 de l'article 1079?

Est-ce une action en rescision du partage, ou une action en réduction pour compléter la réserve?

La majorité des auteurs et de la jurisprudence la qualifient d'action en réduction.

Quelques-uns cependant la considèrent comme une action en rescision.

D'autres enfin comme M. Laurent voient dans cette action une disposition spéciale, qui ne serait ni une action en rescision pour lésion, ni une action en réduction, mais une action fondée sur une présomption de fraude au principe de la réserve.

252. Dire, comme le fait la première opinion, que c'est une action en réduction, est peut-être trop absolu; en effet il suffit de remarquer que l'action en réduction proprement dite suppose que les libéralités préciputaires

excèdent la quotité disponible, tandis que ce n'est pas là la condition exigée pour l'exercice de l'action dont il est question.

253. L'action en réduction a pour but de réduire aux limites de la quotité disponible les dispositions qui excéderaient cette quotité.

L'action prévue par l'article 1079, al. 2, est donnée quand le partage d'ascendant lèse l'un des enfants dans sa réserve, en attribuant à un autre la quotité disponible par préciput en même temps qu'il l'avantage par partage.

Ces deux actions ne peuvent donc pas être assimilées car les conditions exigées pour leur exercice sont différentes.

254. Pour soutenir que c'est bien une action en réduction et non une action en nullité, rescision (V. Réquier n° 108; Labbé, *J. du Palais* 1863; Lyon-Caën, p. 284; Aubry et Rau, Cass., 13 juillet 1869; Cass., 17 août 1863) on dit que l'argument de texte de l'opinion qu'on combat n'est pas concluant. Que la loi se serve dans le premier et le second alinéa de l'article 1079 de la même expression : le partage *pourra être attaqué*, cela ne veut pas dire que ce soit la même action qu'elle entend accorder dans les deux cas. On peut tout aussi bien dire attaquer en réduction que : attaquer en rescision. Si encore, dans le premier alinéa, l'article 1079 avait parlé de l'action en rescision la qualifiant, et qu'ensuite, dans le deuxième alinéa, il se réfère au premier alinéa en disant : le partage pourra être attaqué aussi, on pourrait soutenir que le législateur, quant à la qualification de l'action accor-

dée dans le deuxième alinéa de l'article 1079, a entendu se référer à celle du premier alinéa, et qu'ayant déjà dit que la première était une action en rescision, il ne trouvait pas nécessaire de le dire expressément une seconde fois.

255. Mais au contraire l'article 1079 ne dit pas cela, et si tout le monde est d'accord qu'il s'agit d'une action en rescision qu'il s'agit dans le premier alinéa, c'est parce que l'analogie est évidente entre le cas d'une lésion existant dans le partage d'ascendants et celle qui viciant le partage ordinaire, donne lieu à une action en rescision.

C'est donc par analogie avec une disposition identique dans le partage ordinaire qu'on a décidé que c'était une action en rescision.

Or, la deuxième disposition de l'article 1079 n'existe pas dans les partages ordinaires, elle est spéciale aux partages d'ascendants, on ne peut avoir le même motif de décider que pour la première.

On invoque, pour dire que c'est une action en réduction, le rapport fait par Jaubert au Tribunat et la discussion à propos de la rédaction de l'article 1079, al. 2.

256. Jaubert, en expliquant les motifs de cette disposition dit que si le partage peut être attaqué dans le cas où un enfant ayant toute la quotité disponible est aussi avantagé sur le partage, c'est que cet enfant est avantagé au delà du disponible; si donc l'action est accordée parce que l'avantage résultant du partage, fait que le disponible soit dépassé alors que la quotité disponible est déjà donnée par préciput, c'est que l'enfant atteint dans

sa réserve peut attaquer le partage pour que sa réserve soit complétée.

En principe le partage n'est inégal et ne donne lieu à sa rescision que quand il y a lésion de plus d'un quart; or dans le cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 1079 il n'y a pas lésion de plus du quart.

257. Il n'y a que simple atteinte à la réserve qui peut être réparée sans l'annulation du partage par la réduction de l'avantage qui dépasse le disponible au profit de celui dont la réserve est entamée. Et s'il n'y a aucun texte qui annule le partage dans ce cas, et qu'il n'y a aucune raison juridique pour le faire, on doit dire que l'action dont il s'agit est une action en réduction et non pas une action en rescision.

Ces raisons ne nous semblent pas suffisamment concluantes. L'article 1079 dit et tout le monde reconnaît que c'est contre le partage que l'action de l'alinéa 2 est donnée; or on ne peut attaquer un partage par une action en réduction.

Si la quotité disponible est dépassée, c'est parce qu'il y a avantage dans le partage.

L'action en réduction ne peut être exercée que contre les libéralités de l'ascendant.

258. Par conséquent le partage, qui est un acte formant un tout indivisible par ses diverses combinaisons, qu'on ne saurait valider ou annuler en partie et qui ne peut pas être considéré comme un acte à titre gratuit, ne peut être attaqué par l'action en réduction.

On dit que l'action de l'alinéa 2 a pour but, comme l'action en réduction, de protéger la réserve, mais si cela

était, on la donnerait même dans le cas où la réserve est atteinte, quand le disponible a été donné à un autre qu'à celui qui est avantagé dans la partage, et cependant l'action n'est pas donnée en ce cas.

259. Ceux qui soutiennent que c'est une action en rescision (V. Demolombe, t. XIII, p. 189 ; Bassetière, p. 309 ; Colmet de Santerre, t. IV, p. 274 *bis* ; Genty, p. 310), prétendent le déduire du fait que, dans l'article 1079, les deux actions sont mises sur le même plan, que c'est, par conséquent, toujours la lésion d'un des copartagés que vise le deuxième alinéa.

La seule différence qu'il y aurait entre les deux, c'est que la première ne considère que la lésion qui dépasse le quart, tandis que la seconde s'attache à la lésion si minime qu'elle soit.

Mais l'une et l'autre sont des actions en rescision et cela résulterait sans aucun doute des travaux préparatoires ! L'article 156 du projet présenté par Bigot-Prémeneu, annulait le partage [quand l'ascendant avait donné entre vifs ou par testament la quotité disponible par préciput à l'un des enfants.

260. Si cette disposition ne fut pas maintenue ce n'est pas parce qu'on voulait changer l'action en nullité, mais parce qu'on trouvait rigoureux de ne pas permettre à un père de donner sa quotité disponible à l'un de ses enfants entre lesquels il voulait partager ses biens.

Ce n'est donc pas la sanction qui fut changée mais le cas d'application.

Et ceci résulte davantage du fait que le conseiller d'Etat Berlier déclare que ce partage pourrait être re-

scindé pour la plus petite lésion. (Locré, t. XI, p. 166.) C'est donc l'article 156 modifié quant au cas d'application seulement, et refondu avec l'article 157 qui aurait donné l'article 1079 ; or ceci étant, et étant donné que c'est le partage entier qui est attaqué et non une disposition, il résulte que c'est bien l'action en rescision qu'accorde l'alinéa 2 de l'article 1079.

261. Enfin on dit encore, que le partage n'étant pas un acte à titre gratuit mais un tout indivisible, l'action en réduction ne peut lui être applicable comme à une simple libéralité.

Nous avons vu les réponses données par les partisans de la doctrine contraire aux arguments ci-dessus présentés. On répond au dernier que l'action en réduction s'applique aux donations déguisées, et qu'on ne voit pas pourquoi on ne pourrait pas exercer cette action contre une libéralité déguisée sous l'apparence d'un lotissement ; car il y a une présomption légale dans notre cas que le partage contient une libéralité déguisée.

262. Quant à nous, s'il s'agissait de décider en législation, quelle action on devrait accorder, nous pencherions pour une action en réduction ; mais étant donné le texte de l'article 1079, nous ne pouvons dire de l'action du deuxième alinéa, ni que c'est une action en réduction, ni que c'est une action en rescision, exclusivement.

Pour pouvoir se décider en faveur de l'une des deux, il faudrait que la cause de cette action et son but fussent indiqués. Si l'action du deuxième alinéa avait pour cause l'atteinte portée à la réserve, et pour but de la réparer ce serait une action en réduction.

Si elle avait pour cause l'inégalité du partage avec présomption de fraude, et pour but d'infirmar ce partage ce serait une action en rescision.

Or, l'alinéa 2 de l'article 1079 indique deux causes qui, réunies, donnent naissance à l'action.

La première motiverait l'action en réduction, la seconde l'action en rescision.

263. Il faut à la fois pour l'exercice de l'action qu'un enfant soit atteint dans sa réserve même pour une part minime, et que cette atteinte soit produite par la disposition de la quotité disponible par préciput en faveur du même enfant qui a été avantagé dans le partage. Ces deux causes réunies pour donner naissance à une seule action ne peuvent pas produire une action qui soit simplement en rescision ou en réduction.

L'intérêt de cette question est tout entier dans les conséquences qui en découlent, suivant qu'on admet dans chaque cas particulier, qu'il s'agit d'une action en réduction ou en rescision.

Tout le monde est d'accord que l'action de l'article 1079, ne peut-être dirigée que contre l'enfant avantagé, et qu'en tout cas elle ne peut aboutir qu'à un complément de sa part et non à la rescision du partage.

Sur l'application en notre manière de l'article 891 il y a controverse, nous penchons à croire que les dispositions de cet article sont applicables à notre action.

264. Enfin sur le laps de temps pour prescrire, nous croyons qu'il faut toujours lui assurer une durée de trente ans conformément à l'article 920.

Pour savoir maintenant s'il y a atteinte à la réserve il

faut appliquant l'article 922, estimer les biens compris dans le partage d'après leur état actuel au moment de la donation et leur valeur au décès de l'ascendant.

Dans notre cas, en effet, il ne peut pas y avoir la divergence qui existe dans le cas de l'article 1079, 1^{er} alinéa.

265. Car il s'agit seulement de savoir si l'ascendant a entamé la réserve de l'un de ses enfants; et la réserve ne peut être déterminée que sur la valeur qu'aurait eue la succession tout entière à la mort de l'ascendant si celui-ci n'avait disposé d'aucun bien à titre gratuit.

On doit donc remettre dans la masse fictivement tous les biens dont il a disposé à titre gratuit, et les estimer selon leur valeur au moment de la mort de l'ascendant. Nous avons déjà examiné plus haut la question de savoir si les articles 826 et 832 sont applicables aux partages d'ascendants, nous n'y reviendrons pas.

En résumé, l'institution des partages d'ascendants, quoique souvent défectueuse, ne mérite pas les graves reproches qu'on lui fait, et l'abolition de cette institution que plusieurs auteurs réclament ne peut être que nuisible.

266. Le droit de partager ses biens est nécessaire à l'autorité paternelle, et très utile aux enfants. C'est la volonté éclairée du père qui, au lieu du caprice du sort, préside à la distribution des biens, et tant que la tranquillité de la famille sera nécessaire, il faudra, en maintenant cette institution, chercher à mettre fin autant que possible aux discussions malheureuses et immorales qui résultent le plus souvent entre les descendants du partage d'une succession.

CHAPITRE II

DE L'ÉPOQUE A LAQUELLE S'OUVRENT LES ACTIONS EN NULLITÉ
OU EN RESCISION DU PARTAGE D'ASCENDANTS

267. Il est évident que cette question ne peut pas être discutée dans le cas d'un partage fait par acte de dernière volonté. Le partage compris dans un testament ne pouvant produire des effets que du jour où le testament lui-même peut en produire, c'est-à-dire à la mort du testateur, les actions en nullité ou en rescision du partage ne peuvent naître qu'à cette époque.

Mais dans les partages faits par actes entre vifs, s'il est incontestable que l'acte, considéré comme donation, peut être attaqué du jour de sa confection par l'action en nullité, on discute beaucoup le point de savoir si les actions en nullité ou en rescision de l'acte considéré comme partage, peuvent être exercées du vivant de l'ascendant, ou si c'est seulement à son décès que ces actions peuvent naître.

Il semblerait, étant donné que les actions sont accordées contre un acte quelconque, du moment où cet acte est parfait, que cette question dépende de celle de savoir à quel moment le partage entre vifs fait par l'ascendant

est considéré comme parfait et apte à produire tous ses effets.

268. A cet égard, il faut établir une distinction. Pour ceux qui ne voient dans le partage entre vifs qu'une donation actuelle et un simple projet de partage, il est vrai de dire que, ne reconnaissant la perfection de l'acte comme partage qu'au moment du décès de l'ascendant, ils ne peuvent en conséquence fixer l'ouverture des actions qu'à cette époque. Mais même pour ceux qui reconnaissent à la donation-partage une perfection immédiate du jour de sa confection est-il certain que les actions doivent être accordées à partir de cette époque ?

La question se limite donc à celle de savoir si, dans l'opinion qui admet la perfection immédiate de la donation-partage, toutes les actions contre ce partage pourront être exercées du vivant de l'ascendant, ou s'il faut pour leur exercice, attendre l'époque de son décès.

269. Et d'abord, pour omission dans le partage d'un enfant, l'article 1078 est clair. Il n'accorde le droit de provoquer un nouveau partage que dans le cas où, au décès de l'ascendant, un enfant aurait été omis dans le partage. Forcément donc cette action ne pouvant être accordée qu'après qu'on aura vérifié si les conditions exigées pour son exercice sont accomplies, et cette vérification ne pouvant être faite qu'au décès de l'ascendant, l'exercice de l'action ne peut avoir lieu qu'à cette époque.

Pour les actions prévues par l'article 1079 et notamment pour l'action en rescision la question est plus difficile à résoudre.

Nous croyons que la décision devra dépendre beau-

coup de la nature des effets qu'on reconnaît à la donation partage du jour de sa confection.

Dans l'opinion qui ne voit dans le partage par acte entre vifs qu'un projet de partage, l'action ne peut être accordée que du jour où cet acte sera parfait, c'est-à-dire du jour du décès de l'ascendant. Et cela soit qu'il s'agisse de l'action prévue par le premier ou le second alinéa de l'article 1079.

270. Pour ceux, qui au contraire, admettent que le partage entre vifs produit dès le jour de sa confection tous les effets et qu'il est parfait dès cette époque, l'action doit être accordée du vivant de l'ascendant.

L'opinion générale des auteurs, consacrée par une jurisprudence constante n'applique pas cette manière de voir à l'action en réduction prévue par le deuxième alinéa de l'article 1079. Et les raisons qu'ils donnent sont décisives. Il s'agit de réparer par cette action une atteinte portée à la réserve ; or, pour savoir s'il y a atteinte à la réserve il faut savoir quel est le montant de cette réserve, et ceci ne peut s'établir qu'à l'ouverture de la succession par le nombre des héritiers réservataires. L'action ne peut donc être accordée qu'à la mort de l'ascendant, époque de l'ouverture de la succession.

271. L'action en rescision pour lésion de plus du quart doit, au contraire, nous l'avons dit, être accordée dans cette opinion du vivant de l'ascendant. Et c'est ce qui est exigé par les principes : Pour qu'un acte juridique puisse être attaqué par une action en rescision il faut que cet acte existe, et que les conditions exigées pour l'exercice de l'action soient accomplies.

272. Le partage-donation existant comme partage du moment de sa confection, il pourra être attaqué dès cette époque par l'action en rescision. Et ceci étant de droit commun il faudrait, comme le dit fort bien M. Laurent, pour décider le contraire en matière de partage d'ascendants, prouver que la loi spéciale à cette matière a entendu déroger au droit commun. Or, rien dans la rédaction de l'article 1079 ne l'exprime, au contraire, soumettant ce partage aux règles des donations, le Code établit qu'il est parfait par le concours de consentement des parties contractantes et comme il dit, d'autre part que le partage fait par l'ascendant peut être attaqué, c'est-à-dire qu'il le peut dès qu'il est fait, il s'ensuit que le partage étant parfait du vivant de l'ascendant c'est de son vivant qu'il pourra être attaqué. Cependant la jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis 1835 décide le contraire.

273. Voici en résumé les considérations données par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 février 1860 : « Attendu que, d'une part, le respect, la reconnaissance dus par les enfants au père de famille, leur ôtent la faculté et leur interdisent le droit d'intenter de son vivant une action en justice contre un acte émané de sa volonté et par lequel il s'est, sans aucune contrainte, dépouillé de ses biens en leur faveur ; que, d'autre part, les causes de nullité ou de rescision de cet acte ne peuvent être vérifiées qu'au décès de l'ascendant, que c'est seulement alors qu'il est possible de reconnaître si, eu égard à l'ensemble et à la nature des biens dont se compose la succession, les règles essentielles du

partage ont été ou non respectées. » (D. 1860, 4, 89.)

Beaucoup d'auteurs ont la même opinion, mais il y en a qui l'admettent pour des considérations et des causes autres que celles présentées par la Cour de cassation.

274. Les raisons données à l'appui de cette doctrine peuvent se ramener aux considérations suivantes que nous nous proposons de discuter. On prétend que les causes de nullité du partage entre vifs ne pourraient être vérifiées qu'à la mort de l'ascendant. Nous ne pouvons mieux répondre à ces considérations, qui reposent sur une confusion, qu'en citant la réfutation faite par M. Réquier.

On applique à l'action en rescision des motifs de décider qui ne peuvent être donnés que pour l'action prévue par le deuxième alinéa de l'article 1079. Voici ce que M. Réquier répond : « Il ne s'agit plus ici de déterminer la réserve et la quotité disponible. Le demandeur soutient que l'acte est vicié dans son essence, parce que la règle fondamentale de l'égalité n'a pas été observée. Il faut donc contrôler les opérations du partage pour rechercher si l'ascendant a fait la répartition des biens donnés conformément à cette règle essentielle. Pour faire cette vérification, il est évident qu'on ne doit prendre en considération que les biens compris dans le partage. »

275. Or, ceci étant, l'impossibilité de la vérification n'est pas prouvée. Au contraire, du moment qu'il y a partage immédiat et que, pour cela, il faut admettre que la succession est ouverte par fiction, on ne peut point ne pas

la déclarer aussi fictivement ouverte quand il s'agit d'attaquer ce partage. L'action en rescision d'un partage doit être accordée dès que le partage existe et la loi déclare le partage parfait du vivant de l'ascendant, du jour de sa confection, donc l'action devra être accordée dès cette époque.

276. Mais le partage immédiat n'implique pas l'idée de plusieurs partages distincts possibles. La fiction ne doit pas être étendue jusqu'à admettre l'existence de deux successions pour une seule et même personne.

On prétend encore que l'article 1079 se liant à l'article 1078 et étant une suite de celui-ci, il faut lui donner la même interprétation en ce qui concerne aussi l'époque à laquelle prend naissance l'action; que, dans l'article 1079, les mots: « à l'époque du décès » de l'article 1078, doivent être sous-entendus; que c'est donc à cette époque qu'il faut se référer pour savoir si le partage a été fait entre tous les enfants d'une manière égale. Nous répondrons que, d'après tous les principes, l'action de l'article 1079, al. 4^{er}, devait être accordée du vivant de l'ascendant; que si, par conséquent, le législateur avait voulu, en dérogeant à ces principes, la suspendre jusqu'à la mort de celui-ci, il l'aurait dit expressément, et que, ne l'ayant pas fait, on ne peut suppléer ni sous-entendre dans un article des mots qui n'y sont pas. D'ailleurs, les raisons de logique et d'analogie qu'on invoque sont encore moins fondées. Il paraît curieux, dit-on, qu'on puisse attaquer immédiatement, du vivant de l'ascendant, le partage pour cause de lésion, alors que, pour omission, on ne peut agir qu'au décès;

de sorte que l'enfant simplement lésé aurait plus de droit que l'enfant entièrement omis, ce qui n'est pas logique.

277. D'abord, on ne peut pas comparer l'article 1078, qui déclare le partage inexistant, avec l'article 1079, qui accorde une action en nullité. Il s'agit, dans le premier, de savoir quand les enfants auront le droit de demander un nouveau partage, et l'article répond : « A l'époque du décès de l'ascendant seulement, parce que ce n'est qu'à cette époque qu'on peut savoir si un enfant a été omis. » Dans le second, au contraire, il s'agit d'une action en rescision pour lésion. La lésion étant un vice, le partage qui en est entaché doit pouvoir être attaqué dès qu'il existe; or, tous les éléments de ce partage étant actuels et définitifs, il n'y a aucune raison pour que l'action donnée pour réprimer l'inégalité ne naisse qu'à la mort de l'ascendant.

On répond que, pour agir en rescision pour lésion, il faudrait que les enfants aient des droits à l'égalité. Or, ce droit est un droit héréditaire, et, tant que l'ascendant vit, les enfants ne peuvent pas l'avoir, car l'ascendant ne leur doit rien tant qu'il existe.

278. Il aurait pu, dit-on, ne rien leur donner de son vivant, ou même disposer entre vifs de ses biens à titre gratuit comme il l'entendait; les enfants ne peuvent donc pas attaquer pour lésion le partage, parce qu'ils ne pourraient rien réclamer s'ils étaient dépouillés du tout. On répond à ceci d'une manière péremptoire que, s'il est vrai que l'ascendant peut disposer comme il l'entend, pendant sa vie, de ses biens, il n'est pas moins vrai que

s'étant proposé de faire un partage, cet acte pourra être attaqué, s'il a lésé l'un des copartageants et violé l'égalité.

279. Oui il était libre de ne rien donner, ou de donner comme il l'entendait; mais s'il partage il doit le faire conformément à la loi essentielle de l'égalité et s'il la viole, le partage pourra être rescindé. En prétendant toujours que les enfants n'ont aucun droit de son vivant sur les biens partagés par l'ascendant on oublie que c'est lui-même qui leur en a donné un, en leur distribuant ses biens. Il faut reconnaître avec la loi la fiction d'ouverture de la succession car autrement on ne pourrait admettre le partage et la loi dit qu'il y a partage. On ajoute en outre des considérations morales. Il serait inique de la part des enfants de demander la rescision pour lésion, alors qu'en réalité rien ne forçant l'ascendant de leur donner ses biens, ils ont été gratifiés. Du reste on ne ferait, en accordant cette action du vivant de l'ascendant, que se retourner contre ceux des enfants qui, par respect filial, n'attaqueraient pas les dispositions de leur ascendant pendant sa vie. En effet, l'action étant accordée, la prescription commence à courir et elle peut être accomplie avant la mort de l'ascendant, favorisant ainsi les enfants dépourvus de respect filial. Ces considérations morales fussent-elles fondées ne pourraient prévaloir contre les dispositions de la loi et les principes de droit.

280. MM. Réquier et de Boscq reconnaissent que l'action prend naissance dès le jour de l'acte mais, suspendant son exercice jusqu'au jour du décès de l'ascendant.

Et la raison de cette décision est dans l'impossibilité

où serait le demandeur d'atteindre pendant la vie de l'ascendant le but auquel tend cette action. En effet, dit M. Réquier, « si l'enfant lésé faisait prononcer la rescision du partage pendant la vie de l'ascendant, il n'aurait plus aucun titre pour demander un nouveau partage, et il se verrait privé de tout droit sur les biens rentrés dans le patrimoine du donateur; il lui serait donc impossible d'obtenir la réparation de la lésion qu'il a éprouvée. »

281. Cette opinion nous semble contradictoire. On ne peut à la fois soutenir qu'une action a pris naissance, et reconnaître qu'à ce moment la réparation de la lésion serait impossible à obtenir. Comment peut-on dire d'une action qu'elle existe quand exercée, elle ne peut aboutir à rien d'autre qu'à faire perdre à celui qui l'exerce tous les biens qui lui avaient été donnés au lieu de lui offrir une réparation pour la lésion éprouvée. Il faut reconnaître : ou bien que l'on est héritier fictif et qu'alors on peut immédiatement exercer l'action en rescision pour lésion, ou bien que l'on n'est que donataire et alors l'action ne peut naître que quand on devient héritier copartagé.

282. Mais prétendre à la fois et que l'action est née, et que l'on n'est pas héritier ne nous paraît pas possible.

L'opinion que nous avons cru devoir soutenir en ce qui concerne l'époque à laquelle prend naissance l'action en rescision pour cause de lésion est contraire à celle de la presque unanimité de la doctrine et de la jurisprudence, qui est que l'action en rescision ne peut jamais être intentée du vivant de l'ascendant.

Seul M. Laurent est le défenseur de l'opinion que nous avons suivie.

On reconnaît cependant, que lorsque le partage est fait entre les enfants sans le concours de l'ascendant, l'action en rescision naît et peut être exercée du vivant de celui-ci.

283. Nous ne voyons pas en quoi les conditions sont changées, ni ce qui légitime cette décision contraire dans ce cas ; que le partage soit fait par l'ascendant lui-même ou par les enfants, il y a tout de même partage, et pour qu'il y ait partage il faut qu'il y ait succession ouverte. Or, dès qu'il y a partage parfait, l'action en rescision de ce partage doit naître.

Par conséquent accorder l'action en rescision du vivant de l'ascendant, alors que le partage a été fait sans le concours de celui-ci, c'est être forcé de l'accorder dans les mêmes conditions et à la même époque dans le cas d'un partage fait entre vifs par l'ascendant. A moins de contradiction, ce en quoi l'opinion générale tombe.

Suivant l'opinion qu'on a adoptée sur l'époque à laquelle naît l'action en rescision, on décidera que la prescription commencera à courir dès le jour de la confection du partage, ou du jour seulement de la mort de l'ascendant. Ceci étant décidé, on se demande quel est le temps nécessaire pour que la prescription s'accomplisse.

284. Pour les actions dirigées contre les partages testamentaires, l'article 2262 est entièrement applicable puisque aucun texte ne les soumet à une prescription plus courte.

On a essayé d'invoquer l'article 1304, tout à fait à tort, selon la doctrine et la jurisprudence générale, et suivant aussi notre opinion. L'article 1304 ne soumet à la prescription de dix ans que les actions résultant des conventions ; or le testament ne peut être considéré comme tel.

285. Pour l'action en rescision du partage fait par acte entre vifs, l'article 1304 décide qu'elle sera prescrite dans dix ans : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière cette action dure dix ans. » Le partage fait entre vifs est une convention car elle ne peut être faite que par donation.

L'action prévue par le deuxième alinéa de l'article 1079 est considérée dans une opinion comme une action en rescision, dans une autre comme une action en réduction.

286. Dans la première, l'article 1304 lui est applicable. Considérée comme action en réduction, même quand elle est dirigée contre un partage fait par acte entre vifs, se prescrit-elle par dix ans ? La jurisprudence de la Cour de cassation prétend que l'article 1304 est applicable, parce que l'action tend à la rescision partielle de l'acte auquel tous les enfants ont concouru. « Attendu (dit la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} mai 1861) que la disposition de l'article 1304 est absolue et comprend dans sa généralité les actions en nullité ou en rescision auxquelles les conventions peuvent donner lieu ; attendu qu'à cet égard il n'y a pas à distinguer entre la rescision totale et la rescision partielle ; qu'il suffit que l'action

soit formée par l'une des parties contractantes et qu'elle doive avoir pour résultat, si elle est accueillie, une atteinte à la convention pour qu'elle tombe sous l'application de l'article 1304, et soit soumise à la prescription qu'il édicte. » (Dalloz, 1861, 1, 323.) Nous croyons devoir ne pas nous unir à cette opinion.

287. Et d'abord l'action prévue par le deuxième alinéa de l'article 1079 n'est pas une action en rescision. Or, l'article 1304 n'établit une prescription spéciale de dix ans que pour l'action en nullité ou en rescision d'une convention. L'action du deuxième alinéa de l'article 1079 ne provoque pas l'annulation ni la rescision de la convention elle ne peut donc pas être comprise dans les termes de l'article 1304.

En effet, l'enfant avantagé succombant sous l'action en réduction n'en conserve pas moins la donation et son lot; mais il doit réparer l'avantage excessif résultant à la fois du partage et d'une donation précipitaire. Il n'y a pas ici de vice du partage qui provoque son annulation, il ne peut donc pas y avoir la confirmation tacite prévue par l'article 1304.

288. Il n'est pas vrai de dire, comme le fait la Cour de cassation, que l'action prévue par l'article 1079, al. 2, ayant pour effet une rescision partielle, il n'y a pas lieu de la distinguer de la rescision totale, et qu'elle entre comme cette dernière, dans le cas prévu par l'article 1304 qui comprend toutes les actions portant une atteinte à la convention. En effet, rescinder est synonyme d'annuler et ne peut comprendre une action qui a pour but de maintenir en réduisant.

D'autre part, il n'est pas exact que l'action en réduction aboutisse à une rescision partielle. Car, comme le dit fort bien M. Laurent, autant le partage que la donation subsistent. Car il n'y a pas de lésion de plus d'un quart dans le partage, et la donation ne dépasse pas la quotité disponible. Le demandeur se plaint seulement de ce que sa réserve est atteinte, il ne peut agir ni en rescision contre le partage, ni en réduction contre les donations. Il demande que sa réserve soit complétée et il agit en indemnité.

289. L'article 1304 ne peut pas être applicable. On dit encore que le résultat auquel arrive l'opinion que nous soutenons est inadmissible, car elle admet qu'une action pour réparer une lésion plus importante se prescrit dans dix ans, tandis que celle pour réparer une lésion moins considérable dans trente ans.

Or, ceci ne nous semble pas curieux du tout : l'action qui se prescrit par trente ans est une action en nullité ; l'annulation a pour effet des perturbations dans les relations civiles, la loi a donc tout intérêt à les faire prescrire dans le laps de temps le plus court. Tandis que l'action qui se prescrit par trente ans est une action en indemnité qui ne présente aucun des inconvénients des actions en nullité et qui, par conséquent, n'a aucune raison pour faire exception aux règles de l'article 2262 sur la prescription des actions.

290. On se demande si le partage cumulatif fait par le père et par la mère, peut être attaqué à la mort de l'un d'eux ?

Dans notre opinion il n'y a pas de doute. En admet-

tant que l'action en rescision peut être intentée du vivant même de l'ascendant, nous devons admettre qu'elle peut l'être au décès de l'un d'eux.

291. Dans l'opinion contraire qui n'admet pas qu'on puisse intenter l'action du vivant de l'ascendant, faut-il attendre, pour pouvoir le faire, le décès du survivant?

La jurisprudence et la doctrine sont de cet avis surtout dans le cas où les biens des deux époux sont confondus, de sorte qu'il soit impossible d'en distinguer l'origine, formant un tout indivisible.

On dit, pour soutenir cette manière de voir, que les deux masses de biens étant indivisibles, permettre d'attaquer le partage fait par le prédécédé, serait attaquer à la fois celui fait par le suivant. Or, ceci n'est pas possible.

Mais y a-t-il indivisibilité légale. N'y a-t-il pas au contraire deux patrimoines qui sont de droit divisibles? Quelle est la source de l'indivisibilité? On prétend que c'est la volonté des parents acceptée par les enfants.

292. Il faudrait savoir avant tout si les père et mère peuvent créer une pareille indivisibilité, même avec le consentement des enfants. Et c'est ce que nous contestons. La loi ne permet au père ou à la mère que de partager ses biens. Mais ils ne peuvent pas donner les biens de l'autre, qui ne leur appartiennent pas. Ceci étant, l'un des deux parents morts, les enfants ont un droit acquis à sa succession, et ont le droit de réclamer leur réserve. Les enfants sont propriétaires actuellement, immédiatement, ils ne peuvent même pas renoncer à leur droit, car cela constituerait un pacte sur suc-

cession future et cependant la décision de la jurisprudence aboutit à paralyser ce droit, à entraver l'exercice de la propriété, en les forçant pour, obtenir la part héréditaire dans la succession de l'un des parents, d'attendre le décès de l'autre, ce qui est inadmissible.

293. L'action en nullité ou en rescision contre le partage peut être éteinte aussi par la ratification ou la confirmation. L'article 1338 admet la ratification expresse ou tacite d'un acte atteint de nullité. A quel moment dans le partage d'ascendants entaché de lésion cette confirmation peut-elle intervenir ? Cette question dépend de celle de savoir à quelle époque prend naissance l'action en rescision, Selon l'opinion générale on ne pourra par conséquent confirmer un partage qu'après la mort de l'ascendant.

294. Suivant les règles du droit commun la ratification peut être expresse ou tacite. Il faut suivre en ceci toutes les règles et conditions de forme de l'article 1338. Il faut de toute évidence pour que la ratification soit valable, qu'elle émane d'une personne ayant la libre disposition de ses droits.

295. Nous nous reportons, pour tout ce qui concerne les partages cumulatifs, à ce que nous avons dit sur la prescription.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE LA NULLITÉ OU RESCISION DU PARTAGE
D'ASCENDANTS

296. Il faut distinguer entre le partage fait par acte entre vifs et le partage testamentaire. Pour ce dernier, il faut dire qu'il devra certainement être tenu comme non avenü, et que toute chose devra être remise dans le même état qu'au moment du décès de l'ascendant.

Et cela sans aucune différence entre le cas où le partage testamentaire aura reçu un commencement d'exécution, et celui où il n'aura pas été exécuté.

Le partage étant rescindé, les copartagés se retrouvent en état d'indivision ; il faut appliquer à notre cas toutes les règles de la rescision du partage ordinaire.

Il est beaucoup plus malaisé de déterminer les effets de la rescision d'un partage fait par acte entre vifs.

297. La solution de la question dépend de la nature qu'on a attribuée à la donation-partage et des effets qu'on lui a fait produire du vivant de l'ascendant. Et d'abord il ne nous semble pas possible dans n'importe quelle opinion de soutenir que l'acte rescindé comme partage devra aussi être annulé comme donation.

Si l'on admet, suivant l'opinion générale que l'action

en rescision ne pourra être exercée qu'à la mort de l'ascendant, il ne peut y avoir de doute, car les enfants sont héritiers et par conséquent propriétaires par indivis au moment de la rescision.

Dans l'opinion contraire qui admet que l'action en rescision peut être exercée du vivant de l'ascendant, nous croyons devoir décider quand même que les biens ne retournent pas au donateur.

298. Il faut, en effet, pour que le partage ait pu avoir lieu, que l'hérédité soit ouverte par fiction ; les descendants sont devenus propriétaires incommutables et l'annulation du partage ne peut porter atteinte à l'irrévocabilité de leur droit.

Ceci étant, la question se réduit à celle de savoir quel est le titre et la qualité des enfants copartagés après la rescision du partage. Restent-ils, après la rescision, donataires en avancement d'hoirie, ou bien n'y a-t-il pas des donataires, mais des héritiers copropriétaires par indivis ?

Les conséquences qu'on déduit dans ces deux opinions sont tout à fait différentes :

Si les dispositions de l'ascendant sont des donations en avancement d'hoirie, il y aura lieu à rapport, et on devra appliquer ses règles.

299. Si le donataire descendant a aliéné un immeuble après la rescision du partage, le droit du tiers acquéreur ne sera pas atteint.

Les créanciers de la succession ne profiteront pas de l'annulation du partage, car le rapport n'a pour but que de rétablir l'égalité entre cohéritiers.

La renonciation de l'enfant donataire à la succession de l'ascendant donateur ne l'empêchera pas de retenir les biens recus dans les limites de la quotité disponible. Si, au contraire, on admet que la donation ne peut subsister après l'annulation du partage, on arrive aux conséquences suivantes :

Tous les biens meubles et immeubles devront être remis à la masse partageable.

Toutes les aliénations faites par les enfants copartagés seront résolues.

300. Les risques sont pour la masse héréditaire. Les créanciers héréditaires auront droit aux biens compris dans le partage rescindé. L'enfant renonçant perd ses droits sur les biens reçus, et ne peut pas prendre part au nouveau partage.

Laquelle de ces deux doctrines faut-il admettre ? On dit pour soutenir la première opinion que le partage d'ascendants se compose d'une donation en avancement d'hoirie, et d'un partage qui distribue entre les héritiers présomptifs le patrimoine de l'ascendant; que si le partage est annulé comme tel il continuera à valoir comme donation en avancement d'hoirie.

301. En effet un père de famille peut disposer librement de ses biens pendant sa vie et si le partage qu'il en fait est annulé on ne voit pas ce qui ferait que la donation ne continue à être valable.

Les résultats de l'opinion contraire sont dit-on déplorables. Ils sont contraires aux intérêts des descendants et des tiers,

La rescision du partage donnant la possibilité aux

créanciers héréditaires de faire valoir leur droit sur les biens revenus dans la succession, l'intérêt des descendants est souvent de ne pas attaquer le partage, car ils pourraient avoir dans le nouveau partage un lot moindre que celui dans lequel ils étaient lésés de plus d'un quart.

Les acquéreurs redouteront toujours la possibilité de l'annulation du partage qui pourrait faire résoudre leur droits.

302. On répond dans l'opinion contraire, que décider que la donation subsiste après la rescision du partage, c'est altérer la nature du partage entre vifs qui est indivisible qui constitue un partage fait par donation et non une donation et un partage. Quand la loi dit que le partage est nul pour le tout il faut comprendre qu'elle annule la donation et le partage. L'intention de l'ascendant n'avait pas été de faire une donation; il voulait faire un partage entre vifs, et comme la loi ne lui permet de le faire que par donation il l'a fait en cette forme.

La donation ne peut donc pas exister en dehors du partage.

303. Une fois le partage rescindé les enfants restent des héritiers en indivision, propriétaires depuis toujours par indivis des biens compris dans le partage, qui est censé n'avoir jamais existé.

Dans l'acte de partage fait par l'ascendant celui-ci peut faire des donations par préciput des legs au profit d'un étranger ou de l'un des enfants. Il suffit que dans un cas comme dans l'autre la preuve soit faite que ces libéralités étaient indépendantes du partage pour

qu'elles subsistent, même quand le partage est rescindé.

L'ascendant pouvait donner par préciput ce qu'il voulait sur son patrimoine, et la rescision du partage ne saurait porter atteinte à cette donation.

304. Après la rescision du partage les enfants sont obligés de remettre à la masse tous les biens qui leur avaient été attribués. Les fruits doivent aussi être compris dans cette restitution, et on se demande l'époque à partir de laquelle ils seront dus.

La distinction proposée entre le cas où le partage est inexistant, et celui où il est nul, qui veut que dans le premier cas les fruits soient restitués dès l'époque de l'ouverture de la succession, tandis qu'ils ne seraient dus dans le second cas qu'à partir de la demande, ne nous semble pas soutenable.

En effet quoique le partage simplement rescindable ait une existence légale, il n'en est pas moins vrai, que ce titre, une fois la nullité prononcée, est anéanti rétroactivement, et le copartageant n'a jamais eu que la possession.

305. Le possesseur pouvant être de bonne foi ou de mauvaise foi la seule distinction qui s'impose relativement à l'époque de la restitution des fruits est celle entre ces deux catégories de possesseurs.

Le copartagé de bonne foi, présumé comme tel jusqu'à la preuve contraire, ne pourra être contraint de restituer les fruits que du jour où le vice de son titre lui aura été révélé, par la demande en nullité du partage.

Dans le cas où le copartagé est de mauvaise foi, il

devra s'il s'agit d'un partage testamentaire restituer les fruits du jour où il a pris possession de son lot connaissant le vice du partage.

S'il s'agit d'un partage entre vifs, le copartagé de mauvaise foi ne pourra jamais être forcé à restituer les fruits perçus avant la mort de l'ascendant.

Il devra les restituer à partir de l'ouverture de la succession si la mauvaise foi remonte à cette époque.

Paris, 24 septembre 1898.

Vu: le Doyen de la Faculté

GARSONNET

Vu: le Président de la Thèse

CH. LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

NOTIONS HISTORIQUES

	Pages.
CHAPITRE PREMIER. — Préliminaires.	1
CHAPITRE II. — De l'origine historique des partages d'ascendants	12
§ 1. — Droit romain	12
§ 2. — Droit français ancien.	20
I. — Droit écrit.	20
II. — Droit coutumier	22

DEUXIÈME PARTIE

PARTAGE D'ASCENDANTS D'APRÈS LE CODE CIVIL

CHAPITRE PREMIER. -- De la nature et des formes du partage d'ascendants	33
CHAPITRE II. — De la capacité requise pour faire un partage d'ascendants et de celle pour être appelé à en bénéficier	42
CHAPITRE III. — Des biens qui peuvent être compris dans un partage d'ascendants.	49

	Pages.
CHAPITRE IV. — De la forme en laquelle peut être fait un partage d'ascendants, et des modalités qui peuvent l'accompagner	64
CHAPITRE V. — Du partage testamentaire.	73
CHAPITRE VI. — Du partage fait par acte entre vifs	83

TROISIÈME PARTIE

DE LA NULLITÉ ET DE LA RESCISION DES PARTAGES D'ASCENDANTS

CHAPITRE PREMIER. — Des causes de nullité de rescision ou de réduction des partages d'ascendants.	129
Section I. — Omission d'un descendant.	130
Section II. — Action en rescision pour lésion de plus du quart	138
Section III. — Action pour atteinte à la réserve prévue par l'article 1079, al. 2.	152
CHAPITRE II. — Epoque de l'ouverture, durée et pres- cription des actions en nullité ou en rescision du partage d'ascendants.	166
CHAPITRE III. — Effets de la nullité ou de la rescision du partage d'ascendants.	181

